13
10 E
12 A

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

32 E 10

32.1.12
32
G
12

13-12. h. 33

Digitized by Google

R.P. CHRISTOPHORI

HAUNOLDI

SOC. IESV.

DE

JURE

ET

JUSTITIA

COMMVTATIVA.

TOMVS IV.

Digitized by Google

Digitized by Google

CONTROVERSIARUM
DE

JUSTITIA

ET

JURE PRIVATORUM VNIVERSO

NOVA ET THEORICA METHODO IN DECEM TRACTATUS, ET QUATUOR TOMOS DIGESTARUM,

AUTHORE

R. P. CHRISTOPHORO
HAUNOLDO
SOCIETATIS JESU, SS. THEOLOGIÆ DOCTORE,
Ejuſdémque antehac
IN FRIBURGENSI ET INGOLSTADIENSI ACADEMIA
PROFESSORE ORDINARIO.

TOMUS QUARTUS

CONTINENS

TRACTATUM DECIMUM

Et totius Operis ultimum, de Contractibus reſiduis, tam Nominatis, quàm Innominatis, tam Bonæ fidei, quàm Stricti Juris.

Cum Privilegio Cæſareo, & Superiorum Permiſſu.

INGOLSTADII,
Apud JOANNIS SIMONIS KNAB, Typographi Academici, p. m. Viduam.

Anno M. DC. LXXII.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Col. Bca Cat.

Rom. Ste Ins.

Digitized by Google

INDEX TITULORUM
TOMI IV.
DE
JURE PRIVATORUM
VNIVERSO.
TRACTATUS X.
DE CONTRACTIBVS
BONÆ FIDEI
Item de
TRANSACTIONE,
Cæteriſque Contractibus Innominatis, ac denique de Obligationibus ex Quaſi Contractu.

CAPUT I.
De Contractu Emptionis, & Venditionis.

CONTROVERSIA I. DEfinitio Emptionis, & Venditionis explicatur. Fol. 1

CONTR. II. Quomodo differat Contractus Emptionis Venditionis à Contractu Locationis Conductionis. 3

CONTR. III. Qualis Contractus ſit cenſendus, quando Emptor partim pecuniam, partim rem aliquam loco pretii paciſcitur. 5

CONTR. IV. Quandonam cenſeatur Emptio Venditio celebrata in ſcriptis, & non ſolo conſenſu perfecta. 6

CONTR. V. Vtrum Venditor obligetur præciſè & determinatè ad tradendam mercem, vel ſolùm ſub disjunctione, vel ad tradendam mercem, vel ad ſolvendum Intereſſe, quo ſoluto liberetur. 7

CONTR. VI. Qualiter Conſenſus debeat eſſe præſens, & ſufficienter per verba expreſſus. 10

CONTR. VII. Quâ ratione pretium debeat eſſe

certum

certum, & determinatum ac taxatum. 11
CONTR. VIII. Quid Juris ſit, ſi Arrharum nomine aliquid datum fuerit. 14
CONTR. IX. Ad quem pertineat periculum rei perfectè, & abſolutè venditæ ante traditionem. 15
CONTR. X. Quandonam cenſeatur res conſtans numero, pondere, aut menſura, eſſe vendita ad corpus, vel ad quantitatem, & quid in utroque caſu Juris, quoad rei periculum. 20
CONTR. XI. Quid Juris circa fructus rei venditæ. 24
CONTR. XII. Quid Iuris, quando eadem res venditur in Solidum ſucceſſivè duobus, 27
CONTR. XIII. De Fide habita Emptori, & Hypotheca rei venditæ. 28
CONTR. XIV. Quænam ſit Materia apta Emptionis Venditionis.
§. I. Quomodo emi poſſit res non exiſtens. 30
§. II. Quomodo poſſit vendi homo liber. 31
§. III. De rebus Sacris, Publicis, Furtivis, Veneois, Armis, materia Domuum deſtructarum in hunc finem, ut Rudera, Cæmenta, &c. vendantur. 33
§. IV. De Hæreditatis venditione. Ibid.
§. V. De Nominum venditione, & Anaſtaſiana Conſtitutione: Per diverſas. l. 22. C. Mandati. 35
§. VI. De Venditione Officiorum Publicorum, Rei alienæ, & Emptione rei ſuæ. 40
CONTR. XV. Quid Iuris competat Emptori adverſus Venditorem rei alienæ, re evictâ.
§. I. In quibus Contractibus obligatio de Evictione locum habeat. 42.
§. II. Ad quid actio empti, ex cauſa evictionis competat, & tendat. 44
§. III. De Obligatione Emptoris laudandi Authorem, morâ controverſiâ. 46
§. IV. Quibus caſibus venditor non teneatur de evictione. 48
CONTR. XVI. De Actione Venditi ſeu Jure Venditoris. 52
CONTR. XVII. De Obligatione Emptoris indicandi valorem mercis, aut vitium pretii, venditori; & econtra Venditoris indicandi vitium mercis. 53
CONTR. XVIII. De Iuſtitia in pretio ſervanda, ejuſque licita vel illicita variatione.
§. I. Quotuplex ſit rerum venalium pretium. 56
§. II. Vndenam deſumenda ſit Variatio pretii. Ibid.
§. III. Quomodo intelligendæ ſint Leges permittentes in Contractu Emptionis Circumventionem infra Dimidium juſti Pretii. 58
CONTR. XIX. Quomodo Contractus Emptionis contrahentium conſenſu diſſolvatur. 60.
CONTR. XX. De Reſolutione Emptionis ex addictione in diem. 64
CONTR. XXI. De Reſciſſione Emptionis ex Lege Commiſſoria. 67
CONTR. XXII. De Reſolutione Emptionis ex Pacto Retrovendendi, & Redimendi. 69
CONTR. XXIII. De Reſolutione Emptionis ex Jure Retractûs. 75
CONTR. XXIV. De Reſciſſione Emptionis ex *Lege 2. C. de Reſcind. Vend.* hoc eſt, ob læſionem ultra dimidium juſti pretii. 83
CONTR. XXV. De Reſolutione Contractûs Emptionis ex *Ædilitio Edicto*, ubi: de Actione *Redhibitoria*, & *Quanto minoris*. 96
CONTR. XXVI. Quænam Monopolia ſint licita, vel illicita. 98
CONTR. XXVII. Negotiari quouſque Clericis & Religioſis ſit interdictum. 99

CAPUT II.

De Contractu Cenſuali, ſeu Redituum Annuorum.

CONTR. I. Quid ſit Cenſus, prout hoc loco diſputatur, & quotuplex. 101
CONTR. II. Qualiter ſit licitum, emere Cenſum Realem. 104
CONTR. III. An ſit licitus Cenſus Perſonalis. 107
CONTR. IV. An poſſit cenſus venditus redimi minori pretio, quàm quo venditus eſt, ab ipſo venditore, conſentiente creditore. 108
CONTR. V. Quid Iuris competat perſonæ læſæ in emptione cenſûs infra vel ſupra juſtum pretium. 109
CONTR. VI. Quænam Conditiones, vigore Bullæ Pii V. obſervandæ ſint in conſtitutione Cenſûs. 110
§. I. Cenſus eſt in re immobili, vel quæ pro

Digitized by Google

pro immobili habetur, certa & fructifera conſtituendus. 111

§. II. Emendus eſt Cenſus pecuniâ numeratâ, præſentibus Teſtibus & Notario, & in actu celebrationis Inſtrumenti, non priùs, recepto integro juſto pretio. 113

§. III. Non valet pactũ faciendæ ſolutionis anticipatæ penſionum : aut obligans ad caſus fortuitos 114

§. IV. In alienatione Cenſualis rei præferendus eſt Cenſualiſta. 115

§. V. Re Cenſuali pereunte, vel infructuosâ effectâ, cenſus pro rata perit.

§. VI. Cenſus debet eſſe eodem pretio redimibilis, præviâ denunciatione, quâ factâ, poteſt cogi ad redimendum. 116.

§. VII. Non valet pactum redimendi in favorem emptoris adjectũ. 118

§. VIII. Referuntur in Compendio Conditiones & Clauſulæ Bullæ Pii V. 119

§. X. Expediuntur plura dubia ad hanc materiam ſpectantia. Ibid.

CAPUT III.

De Cambio.

Contr. I. QVid, & quotuplex ſit Cambium.

§. I. Natura Cambii, & differentia à Mutuo, variique termini ad hanc artem ſpectantes exponuntur. 124

§. II. Diviſiones Cambii. 125

Contr. II. Cambium Manuale an ſit licitum, & ex quibus Titulis. 126

Contr. III. Vtrum Cambium Locale licitè fiat cum Lucro, Campſario priùs ſolvente, & ex quibus Titulis. 128

Contr. IV. Vtrum licitè capiat lucrum Campſor, quando ipſe prior ſolvit hic, alibi ſolutionem accepturus. 130

Contr. V. Vtrum licitè varietur lucrum Cambii ob majorem vel minorem dilationem ſolutionis. 131

Contr. VI. Vtrum licitum ſit Recambium ſeu Cambium cum Recambio, ſeu Recurſu. 132

Contr. VII. Quænam Conditiones in Cambiis obſervandæ ex Bulla Pii V. 137

Contr. VIII. Circa Bancarios, ſeu Nummularios. 139

Contr. IX. Reſidua Dubia de Cambiis. 140

CAPUT IV.

De Locatione, & Conductione.

Contr. I. QVid ſit Locatio, & Conductio. 143.

Contr. II. Vtrum Merces debeat conſiſtere in pecunia numerata, vel poſſit eſſe in re quavis fungibili. 146

Contr. III. Qualis ſit Contractus, an Emptio Venditio, vel Locatio Conductio, quando quis pro pretio obligat ſe ad opus ex ſua materia conficiendum. 148

Contr. IV. Vtrum, ſicut in Contractu Emptionis, ita & Locationis is præferendus ſit, cui res locata priùs tradita.

Contr. V. Vtrum Locatio ad longum tempus transferat Dominium Vtile, & tranſeat in Contractum Emphyteuſis. 150

Contr. VI. Quinam poſſint Locationis Contractum celebrare. 152

Contr. VII. De Materia idonea Locationis. 153

Contr. VIII. An Contractus Locationis tranſeat ad Succeſſorem. 155

Contr. IX. Merces quo tempore ſit ſolvenda, & quando præſumatur ſoluta. 159

Contr. X. An Conductor acquirat fructuum perceptorum Dominium antequam ſolvat Mercedem. 160

Contr. XI. An, & quando aliquid de Mercede ſeu Penſione remittendum ſit ob Sterilitatem. 161

Contr. XII. Vtrum propter inſolitam ubertatem fructuum, à Conductore exigi poſſit augmentum Penſionis. 165

Contr. XIII. Quædam alia Dubia circa Mercedis ſolutionem aut remiſſionem expediuntur. 166

Contr. XIV. Quam Culpam præſtare teneatur Conductor. 167

Contr. XV. Quandonam Conductor teneatur de Incendio Domûs conductæ. 169

Contr. XVI. Quandonam Conductor expelli poſſit ante lapſum temporis conſtituti. 171

Contr. XVII. De variis exemplis quibus Lo-

cator culpam præſtare tenetur, aut damnum etiam ſine culpa datum. 174
CONTR. XVIII. Ad quas expenſas teneantur Locator aut Conductor. 175
CONTR. XIX. An res Conductoris, & quænam, ſint pro Mercede, vel rei locatæ deteriotatione obligatæ. 176
CONTR. XX. Quomodo finiro locationis tempore contractus continetur: & an antiquo Conductori competat aliquod Ius Prælationis. 177
CONTR. XXI. De Operæ Perſonalis Conductione: ubi de Famulorum Mercede, ſeu Salario. 178
CONTR. XXII. De Actionibus Locatori, & Conductori competentibus. 180
CONTR. XIII. Quænam actiones competant Sociis. 203
CONTR. XIV. Quibus modis Societas diſſolvatur.
§. I. Primus modus diſſolvendi mutuo conſenſu, expreſſo, vel tacito. 205
§. II. Secundus modus diſſolvendi per Renuntiationem. Ibid.
§. III. Tertius modus finiendi Societatem per mortem naturalem. 206
§. IV. Reliqui modi ſolvendi Societatem, ut, Morte Civili, Bonorum confiſcatione, Ceſſione, Egeſtate, rei ioteritu, conſecratione, negotii abſolutione. 207
CONTR. XV. An Societas aliquando transeat ad Hæredes. 208.

CAPUT V.

De Societatis Contractu.

CONTR. I. Quid ſit Contractus Societatis. 183
CONTR. II. Quotuplex ſit Contractus Societatis. 185
CONTR. III. Quomodo contrahi poſſit, aut contracta præſumatur Societas Univerſalis, ſeu omnium Bonorum. 186
CONTR. IV. Quibus Modis poſſit Societas celebrari. 188
CONTR. V. Ad quem ſpectet periculum pecuniæ ab uno ſolo collatæ, altero ſolam operam conferente. 190
CONTR. VI. An pecunia ab uno ſolo collata, fiat Communis, & finitâ Societate veniat dividenda. 191
CONTR. VII. Utrum in Societate valeat Pactum Aſſecurationis. 193
CONTR. VIII. Quam Culpam præſtare teneatur Socios. 197
CONTR. IX. Utrum Socio conveniat Beneficium Competentiæ. 199
CONTR. X. De Expenſis, & Damnis extrahendis vel refundendis. 200
CONTR. XI. An Socius obligatus ad operas uni Societati, poſſit cum aliis aliam inire, quæ etiam ejus operam poſtulet. 201
CONTR. XII. An unus Socius poſſit obligare tam Perſonam, quàm Bona alterius Socii, & quid poſſit unus ſine altero in rebus communibus. 202

CAPUT VI.

De Contractu Mandati.

CONTR. I. Quid ſit Mandati Contractus. 210
CONTR. II. Quo rigore debeat obligatio Mandati gratuitò ſubiri. 212
CONTR. III. Quotuplex ſit Mandatum & quorum gratiâ contrahi poſſit. 214
CONTR. IV. Ex qua culpa teneatur Mandatarius exequi negotium commiſſum. 216
CONTR. V. Quænam ſint inter Mandatorem, & Mandatarium obligationes, & Actiones Reciprocæ. 218
CONTR. VI. In quo rigore fines Mandati ſint Mandatario obſervandi. 220
CONTR. VII. Quinam ſint idonei ad Mandatum daudum & accipiendum. 222
CONTR. VIII. Quænam exigant Mandatum ſpeciale, nec contineantur ſub Mandato generali. 224
CONTR. IX. Quid virium habeat Mandatum cum LIBERA. 225
CONTR. X. Quibus Modis Mandatum finiatur, & extinguatur.
§. I. Quomodo finiatur Pœnitentiâ, ſeu Revocatione. 227
§. II. De Diſſolutione Mandati per mortem alterutrius; & de aliis Modis. 229

CAPUT VII.

De Contractu Commodati, & Precario.

CONTR. I. QUid, & quotuplex ſit Commodatum. Vbi: quid Iuris, quando duobus eadem res commodatur. 231

CONTR. II. Quinam poſſint activè & paſſivè inire contractum Commodati. 232.

CONTR. III. Quænam Res poſſit eſſe Materia Commodati. 233

CONTR. IV. Quænam culpa in hoc contractu cavenda ac præſtanda ſit. 234

CONTR. V. Utrum Commodatarius aliquando teneatur de caſu fortuito; ubi de æſtimatione rei per moram deterioratæ. 235

CONTR. VI. Utrum in Commodato locum habeat compenſatio. 238

CONTR. VII. An obligetur Commodatarius ſalvare res commodatas præ propriis, ſi ambæ ſalvari non poſſunt, & ad quas Expenſas teneatur. 240

CONTR. VIII. Ad quem ſpectet damnum à tertio datum in re commodata, aut ex vitio rei perveniens damnum Commodatario. 242

CONTR. IX. An aliquando licitum ſit commodanti rem commodatam ad certum tempus, & uſum, ante tempus elapſum, aut uſum obtentum, revocare. 243

CONTR. X. Quænam Actiones competant ex Commodato. 245

CONTR. XI. Quid ſit Precarium, & quomodo differat à Commodato: & de aliis huc ſpectantibus. 246

CAPUT VIII.

De Contractu Depoſiti, & Sequeſtro.

CONTR. I. QVæ ſit Definitio ac Natura Depoſiti. 249

CONTR. II. Quotuplex ſit Depoſitum. 254

CONTR. III. De Sequeſtro in ſpecie. 255

CONTR. IV. Quænam Perſonæ Depoſitum contrahere poſſint. 261

CONTR. V. In quibus rebus Depoſitum contrahi poſſit. 26[illegible]

CONTR. VI. Ad quam culpam præſtandam teneatur Depoſitarius, & Deponens. 264

CONTR. VII. Quæ Actiones, quibus, & adverſus quem competant. 268

CONTR. VIII. Utrum in Depoſito, donec habeat Compenſatio. 271

CONTR. IX. An Depoſitarius poſſit recuſare reſtitutionem Depoſiti, donec ſibi ſolvantur Impenſæ in rem Depoſitam factæ. 273

X. An titulo oppignorationis poſſit res Depoſita retineri. Ibid.

CONTR. XI. Quo loco veniat Deponens in ſubhaſtatione Bonorum Depoſitarii, ſi res depoſita non amplius extet. 274

CONTR. XII. An Depoſitarius poſſit pro ſuo lubitu, etiam abſque gravi cauſa emergente, Depoſitum reſtituere. 278

CONTR. XIII. Quid Juris, ſi Creditor denunciet Depoſitario, ne Depoſitum suo debitori reſtituat, donec ſibi fuerit ſatisfactum. 279

CAPUT IX.

De Pignoribus. & Hypothecis.

CONTR. I. DE Natura & Differentia Pignoris & Hypothecæ. 280

CONTR. II. Quotuplex ſit Pignus aut Hypotheca. 282

CONTR. III. Quænam res poſſint, aut non poſſint oppignorari.

§. I. De Rebus alienis, & oppignoratis. 286

§. II. De Nominibus & Servitutibus. 288

§. III. De Emphyteuſi & Feudo, an poſſint oppignorari. 289

§. IV. De Iure Patronatûs. 391

§. V. De Rebus Sacris, publicis, libero homine, Re litigioſa, Re ad agriculturam ſpectante. Ibid.

CONTR. IV. Quid poſſit in conſtituendo pignore vel hypotheca Procurator Tutor, & Curator. 292

CONTR. V. Quibus Obligationibus accedere poſſit Pignus aut Hypotheca; & an eadem res ſucceſſivè pluribus obligari poſſit. 293

CONTR. VI. De Uſu, & Fructibus Pignoris traditi. 296

CONTR. VII. De Pacto Antichreſeos, & Com- 297

CONTR. VIII. De Culpa à Creditore præſtanda. 298
CONTR. IX. Quænam Actiones competant ex contractu Pignoris & Hypothecæ. 300
CONTR. X. Quibus Modis Pignoris obligatio diſſolvatur. 302
CONTR. XI. De Venditione Pignoris, ob debitum non ſolutum. 305
CONTR. XII. Quibusnam competat ex lege Hypotheca tacita. 308

CAPUT X.

De Contractu Innominato Transactionis.

CONTR. I. Quid ſit Transactio. 312
CONTR. II. Quibus Modis fiat Transactio. 314
CONTR. III. Quibus Perſonis permiſſum ſit tranſigere. 316
CONTR. IV. In quibus rebus, cauſisque locum habeat Transactio. 318
CONTR. V. Quam vim, & quos effectus habeat, quasque Actiones pariat Transactio. 322
CONTR. VI. Quam Extenſionem admittat Transactio Particularis, aut Univerſalis. 324
CONTR. VII. Utrum Transactio ſit Contractus ſtricti Juris. 325

CAPUT XI.

De Reliquis Contractibus Innominatis.

CONTR. I. De Contractibus innominatis in IV. genera diviſis, eorumque ab aliis & inter ſe differentia. 326
CONTR. II. Quomodo in Contractibus innominatis liceat Pœnitere. 328
CONTR. III. De Actionibus, quæ ex Contractibus innominatis dantur, & an ſint Stricti Juris. 330
CONTR. IV. De Contractu Innominato PERMUTATIONIS. 331
CONTR. V. De Contractu Æſtimatorio, & Actione de Æſtimato. 333

CAPUT XII.

De Contractibus quibus Fortuna admiſcetur.

CONTR. I. De Ludo. 334
§. I. Prima Conditio: Libera Diſpoſitio de Ludi materia.
§. II. Libertas prout excludit coactionem ad ludendum. 336
§. III. Tertia Conditio: Obſervatio Legum quibus Ludus exercetur. 337
§. IV. Quarta conditio: Æqualitas colludentium. Ibid.
§. V. De Obligationibus ex Ludo prohibito. 338
CONTR. II. De Contractu Sponſionum. 340
CONTR. III. De Contractu Sortis. 341
CONTR. IV. De Contractu Aſſecurationis. Ibid.

CAPUT XIII.

De Quaſi Contractibus, ſeu de Obligationibus, quæ Quaſi ex Contractu naſcuntur.

CONTR. I. De quaſi Contractibus in genere. 343
CONTR. II. De obligationibus quæ ex negotiis geſtis oriuntur.
§. I. Explicatur ejus Definitio & Natura. 344
§. II. De Actionibus ex hoc Quaſi-Contractu deſcendentibus. 346
§. III. Ex qua culpa teneatur negotiorum geſtor. 348
CONTR. III. De Quaſi Contractu inter Tutorem & Pupillum ratione adminiſtratæ Tutelæ. 349
CONTR. IV. De Quaſi Contractu ex Rerum ſingularium Communione. Ibid.
CONTR. V. De Quaſi Contractu & Hæreditatis communione. 350
CONTR. VI. De Quaſi Contractu ex confuſione Finium, ſeu Terminorum. 353
CONTR. VII. De Quaſi Contractu ex Hæreditatis aditione. 354
CONTR. VIII. De Quaſi Contractu ex detentione alicujus rei: ſive: de actione ad exhibendum. 355
CONTR. IX. De Quaſi Contractu ex ſolutione Indebiti. 356

R. P. CHRI-

R.P. CHRISTOPHORI

HAUNOLDI

E SOCIETATE JESU,

TRACTATUS X.

DE

CONTRACTIBUS BONÆ FIDEI.

Item de

TRANSACTIONE,

CÆTERISQUE CONTRACTIBUS INNOMINATIS, AC DENIQVE DE OBLIGATIONIBVS EX QVASI CONTRACTV.

CAPVT PRIMVM.

DE CONTRACTV EMPTIONIS, ET VENDITIONIS.

Contractus Bonæ Fidei aliqui ſolo Conſenſu perficiuntur, alii Re. De prioris generis Contractibus ità loquitur Imperator tit. 23. lib. 3. Inſt. [Conſenſu fiunt Obligationes in Emptionibus, Venditionibus, Locationibus, Conductionibus, Societatibus, Mandatis. Ideo autem iſtis Modis obligatio dicitur Conſenſu contrahi, quia neque Scripturâ, neque præſentiâ omnimodo opus eſt; ac nec dari quidquam neceſſe eſt, ut ſubſtantiam capiat obligatio: ſed ſufficit eos, qui negotia gerunt, conſentire. Vnde inter abſentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per Epiſtolam, vel per Nuntium. Item in his Contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono, & æquo præſtare oportet: cùm alioquin in Verborum obligationibus alius ſtipuletur, alius promittat.] Quibus verbis exiſtimat Bacchovius, Qualitatem *Bonæ Fidei* per excellentiam quandam tribui Contractibus his qui ſolo conſenſu perficiuntur.

Ex his Contractibus celebertimus eſt *Emptio Venditio*, ac ſummè neceſſarius humanæ Reipublicæ, quod conſtat ex Origine illius. Cùm enim pecuniâ necdum inventâ, quæ æquivalenter eſſet omnia, difficile pluribus hominibus eſſet, etiam abundantibus quoad aliqua bonorum genera, conſequi aliqua, quibus indigebant,

gebant, eò quòd non niſi cnmmutarione cnnſequi poſſent: res autem quas ad cnmmuiandum habebant idoneas, ſæpè vel excederent, vel non adæquarent valntem, & æſtimatinnem illius quod deſiderabant, ſicque cnmmutatio retardaretur; neceſſe fuit invenrri monetam, in qua cujusvis rei æſtimatio poſſet æquari. quandò ergo cnnveniretur de valore rei, & cnnſequenter de pretin ſolvendo, qui ad pretium ſe obligâſſet, *Emptor*, qui ad rei traditionem, *Venditor* dictus eſt: ipſa verò Cnnventio, *Emptio Venditio.* Quod eleganter Paulus JC. in *l.* 1. *ff. h. t.* ità narrat. [Orign emendi, vendendíque à permutationibus cœpit. Olim enim non ità erat nummus, neque aliud merx, aliud pretinm vocabatur: ſed nnusquisqne ſecundùm oeceſſitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat: quando plerumque eveoit, ut quod alteri ſupereſt, alteri deſit. Sed quia non ſemper nec facilè concurrebat, ut cùm to haberes, quod ego deſiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia eſt, cujus publica sc perpetua æſtimatio difficultatibus permutatinoum æqualitate quantitatis ſubveniret: eáque mstetia formâ publicâ percuſſa, uſum Dnminiúmque nno tam ex ſubſtantia præbet, quàm ex quaotitate, neque nltra merx utrumque, ſed alterum pretium vocatui.]

Mirum eſt, fuiſſe inventum JCtum, qui oegaret, Contractus, qui ſolo cnnſenſu perficiuotur, eſſe contractus propriè dictns. Negavit Giphanius ad *l. Iurisgentium.* 7. §. 4. *ff. de Pactis.* Cùm teries io Iure nominentur Contractus, & in ſe Synallagma ſeu negotinm, & ultro citroqne nbligationem contiuere nimis apertum ſit. Non ſunt ergo *Nudum Pactum*, eo ſenſn, quo nudum pactum, ſen nuda prnmiſſio Contractibus opponitur; ut cnnſtat ex dictis *tr.* 8. *in pr.* ſed dicuntur ſolo conſenſu (& ità nudo pactn) perfici, quòd præter conſenſum, nec ſcriptnra, nec traditio, nec præſentia, nec etiam certa formula verbotum ad ſubſtantiam ſint neceſſaria. Sic in lege 20. C. de Pactis, *nuda Pacta* dicuntur, quæ à traditinne ſunt nuda, & iden non transferunt dominium. *Traditionibus & Vſucapionibus dominia rerum, non nudis Pactis transferuntur.* Et hoc leve fundamentum fuit Giphanin, ut aliquid ſingulare diceret. Et hæc de Contractibus, qui ſnln cnnſenſu perficiuntur, præfari placuit, nunc ad Contractum Emptinois Venditioois veniamus.

CONTROVERSIA I.

Definitio Emptionis, & Venditionis explicatur.

SUMMARIUM.

EMptionis vocabulum aliquando minùs propriè ſumitur pro omni alienatione. hodie pro ſpecie Contractuum Nominatorum. 1.

Referuntur variæ Definitiones Emptionis Venditionis. 2.

Quò ſenſn ſit Contractus Juris gentium. 3.

Definitio Boceri. eod.

Actio quæ datur ante traditionem, exceptione elidi poteſt. 4.

Quo ſenſn ante traditionem dicatur eſſe imperfectus. eod.

1. EMptio Venditio variis modis definitur, vocum potiùs, quàm ſignificatinnis diverſitate. Prn cujus iotelligentia ſciendum eſt, Emptionis vocabulum aliquando latiùs, & mioùs prnpriè in Iure ſumi. Nam aliqnando omnem alienatinnem Emptiooe ſignificatam eſſe, habetur in lege 29. §. 1. *ff. de ſtatn liberis.* ibi. *Quòniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur, nec intereſſet, quo genere quisque Dominns ejus fieret.* Hodiè verò accipitur pro certa ſpecie Cnntractunm oomioatorum, cujus definitionem hîc quærimus.

2. P. Leſſius definit Emptionem, quòd ſit Pactin pretii pro Merce: Venditionem, quòd ſit Pactin mercis pro pretio. Ità & Palaus. P. Molina. *Eſt Contractus, qui conſenſu perficitur, Mercis pro pretio.* Accuratiùs ex Juriſtis Arnoldus Rath th. 7. *Contractus Jurisgentium, conſenſu perfectus, & mutuæ præſtationis, quo id agitur, ut pro certis nummis, ſive pecuniâ numeratâ, dumi res tradatur.*

3. Quòd ſit Cootractus *Juris gentium*, aſſerit expreſsè Juſtioianus Imperator, §. 2. I. *de J. N. G. & C.* ibi. *Et ex hoc Jure gentium omnes penè Contractus introducti ſunt, ut Emptio Venditio, Locatio, & Conductio, Societas, Depoſitum, Mutuum, & alii innumerabiles.*

Dices: Contractus Emptionis noo antè fuit, quàm eſſet intrnductus uſus moneræ, ut ſuprà dictum eſt: atqui quæ ex Iure Geotium proveniunt, utique jam priùs fuerunt: nam hoc Ius cum ipſo homioum genere natum eſt. ℞. Jus Gentium primævum fuiſſe quidem cum ipſo genere homann exortum; ſed hoc loco aliter accipitur, non pro en qund ex ſimplici oaturali lumine ratioois omnibus hominibus inſitum eſt, ut pietas erga parentes, Religin, Amor honeſti. &c. ſed pro en, quod nmnes gentes communi uſu recipiunt, eſtn ſeriùs ſit introductum, & hoc vocatur *Secundarium*, quod naturalis ratio tandem adhibito diſcurſu, & per varias experientias

inducta

Digitized by Google

inducta conſtituit. Poſt repertum uſum nummorum, nulla gens eſt quæ nummis non utatur, quia ſtatim ejus uſu intellecto, & ſimul perſpectâ ejusdem neceſſitate jam antè declaratâ, naturalis ratio dictat, nummis utendum eſſe loco commutationis: ità ut cuicunque nationi, independenter à praxi alterius nationis, hic uſus incidiſſet, non exſpectato aliorum exemplo facilè amplexura fuiſſet. Vnde fortaſſis provenit, quòd Nummorum primus inventor ignoretur. Nam licèt aliqui Tharem Abrahæ patrem primum fuiſſe putent, qui pecuniam juſſu Regis Nidi fabricaverit, alii Philippo Imperatori tribuant, rejiciuntur tamen à Plinio & aliis.

Cæterùm, etſi Emptionis Contractus dicto modo ſit Iuris gentium, ut tamen hoc in definitione ponatur, nulla planè eſt neceſſitas, cùm ſit Genus valde remotum, & potiùs eſſet ponendum genus proximius, quòd ſit *bonæ fidei*, quamvis nec hoc ſit neceſſe poni, cùm includatur in genere proximo, quòd ſolo conſenſu perficiatur. Vnde alii Iuriſtæ illas particulas Iure omittunt. Bocerus ſic definit: *Emptio Venditio eſt Contractus, ſolo conſenſu initus de merce cum pretio nummario commutanda.*

Quòd iſte Contractus ſolo conſenſu perficiatur, habetur in Iure ſæpiùs. pr. Inſt. h. t. *Emptio Venditio contrahitur, ſimul atque de pretio convenerit.* & l. 1. §. 2. ff. h. t. *Eſt autem Emptio Iuris gentium, & ideo conſenſu peragitur, & inter abſentes contrahi poteſt, & per Nuntium, & per Litteras.* Contra hoc

4. Objici poteſt 1. Tamdiu non eſt perfectus Contractus, quamdiu non datur inde actio. Sed ante factam traditionem non datur actio Empti, & Venditi. l. 13. §. 8. *ff. de actionib. Empti.* [Offerri pretium ab Emptore debet, cùm ex empto agitur, & ideo ſi pretii partem offerat, nondum eſt ex empto actio. Venditor enim quaſi pignus retinere poteſt eam rem, quam vendidit.] ℞. Negando Minorem. Verè enim ante traditionem datur actio, ſed quæ exceptione elidi poteſt, ut colligitur ex ultimis verbis allatis, & magis conſtabit ex dicendis. Itaque ideo petenti mercem opponi poteſt exceptio, quia Emptor non offert pretium.

Objici poteſt 2. *Lex 2. C. de periculo, & commodo Rei vend.* ubi dicitur, ante traditionem contractum eſſe imperfectum. ℞. Ideo dici eſſe imperfectum, quia ante menſurationem (quæ etiam abſque traditione fieri poteſt) non conſtat de re certa, quæ vendita ſit, quod tamen eſt de ſubſtantia hujus Contractûs. Lex ità habet. [Cùm convenit, ut ſingulæ amphoræ vini certo pretio veniant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditio periculum vini mutati Emptoris, qui moram menſuræ non faciendæ non interpoſuit, non fuit.] Per menſurationem ergo deſignatur, quantùm vendatur, & ſupra quid cadat Contractus & conſenſus, ut dicitur *l. 34. §. 5. ff. h. t.* ubi dicitur, menſuram ideo adhiberi, *ut appareat, quantùm ematur.*

Quomodo Contractus Emptionis, Venditionis ab aliis Contractibus differat, non habet opus ſpeciali explicatione, excepto Contractu Locationis, de cæteris facilè conſtat ex ſingulorum natura, & definitione. In Contractu Locationis eſt aliqua difficultas, de qua ſit

CONTROVERSIA II.

Quomodo differat Contractus Emptionis Venditionis à Contractu Locationis Conductionis.

SUMMARIUM.

Differentia inter Emptionem & Conductionem aſſignata à Molina. 5.
Non eſt ſufficiens. 6.
Differentia aſſignata à Card. Lugo & Arnoldo Rath. 7.
Explicantur jura à P. Molina objecta. eod.
Alia differentia aſſignata ab Arn. Rath. 8.
Pactum de non transferendo dominio vel quaſi, eſt contra ſubſtantiam Emptionis. eod.

Difficulter oſtenditur clara differentia inter hos contractus, quandoquidem (ſi relinquamus differentiam vocalem inter pretium & mercedem, & ſupponamus non tantùm res corporales mobiles & immobiles, ſed etiam Iura, actiones, fructus rei, poſſe vendi) non apparet, quid deſit quominus ſit Contractus Emptionis, quando uſufructuarius alteri locat v. g. uſumfructum, ſeu jus perſonale concedit percipiendi fructus ex fundo in quo ipſe eſt Vſufructuarius, habens jus reale ſervitutis: nam talem utilitatem poteſt alteri & vendere, & locare, & tamen non apparet, quænam ſit in uno vel altero caſu differentia: quia quantum in uno ſolvitur, tantum ſolvitur in altero, & quantum conceditur in uno, conceditur in altero.

Non eſt autem hæc Quæſtio inutilis, etſi videri poſſet eſſe de Vocabulo: nam in Caſu quo contractus non eſt venditio, ſed Locatio, non debebitur Gabella impoſita Venditionibus; ergo debet ſubeſſe aliquod reale diſcrimen.

5. P. Ludovicus Molina d. 336. videtur totam differentiam reducere ad hoc, quòd in Venditione interveniat Merx, non in locatione. nam n. 9. ſic ait. Vt diſcernere ſcias, quando celebratur Emptio & Venditio, & quando locatio & conductio, obſerva. Si quis opus pretio alteri conficiat ex materia, quam hic alius illi tribuit, ut tegulas ex materia quam illi præſtet, aut annulos ex auro aut argento, quod illi exhibeat, eſſe locationem conductionem, non ve-

io emptionem & venditionem. Si autem pretio opus conficiat ex materia quam artifex ipſe apponit, eſt emptio ac Venditio. Probat ex *l. Convenit. 65. ff. h. t.* [Convenit mihi tecum, ut certum numerum regularum mibi dares certo pretio: qnod ut faceres, utrum emptio ſit, an locatio. Reſpondit (*Javolenus*) Si ex meo fundo regulas tibi factas ut darem convenit, emptionem puto eſſe non cooductionem: toties enim conductio alicujus rei eſt, quoties materia, in qua aliquid præſtatur, in eodem ſtatu ejoſdem maoet. quoties verò & immutatur, & alienatur, emptio magis, quàm locatio intelligi debet.] Ecce! Jureconſultus vult, tunc ſolùm fieri venditionem, quando quis rem aliquam *ſuam* facit alienam, quando verò nolla fit alienatio, ſed præcisè rei uſus conceditur, dominium autem retinetur, vult eſſe Locationem, & quod notatu dignum eſt, ſummarium hujus legis eſt: *Differentia Emptionis, & locationis.* Idem habetur *in l. 2. §. 1. ff. locati.* [Adeò autem familiaritatem aliquam babere videntur Emptio & venditio, item Locatio & conductio, ut in quibusdam quæri ſoleat, utrum Emptio & Venditio ſit, an locatio & conductio. nt ecce! ſi cum aurifice mihi convenit, ut is ex auro ſuo annulos mibi faceret certi ponderis certæque formæ, & acceperit, v. g. trecenta, placet onum eſſe negotium, & magis emptionem & venditionem eſſe. quodſi ego aorum dedero, mercede pro opera conſtituta, dubiom non eſt, quin locatio conductio ſit.] Qui teatus in Iuſtitutiones translatus eſt. §. 4. *De loc*: Idem habetur in lege 20. ff. locati. [Sabinus reſpondit, ſi quam rem nobis fieri velimus etiam veluti ſtatuam vel vas aliquod ſeu veſtem, ut nihil aliud, quàm pecuniam daremus, emptionem videri: nec poſſe nllam locationem eſſe, ubi corpus ipſum non detur ab eo, cui id fieret: aliter atque ſi aream datem, ubi inſulam ædificares (mihi) quoniam tunc à me ſubſtantia proficiſcitur.] Quodſi quætas, cur in boc ultimo caſu, ſi ego quidem aream, artifex verò materiam ædificii præſtat, potiùs ſit Locatio, quàm Emptio, pulchram rationem reddit Molina, quia eo ipſo quòd artifex materiam apponit fabricando domum in alieuo ſolo, dominium materiæ tranſit in dominum ſoli, qoaſi acceſſoriom fabricationi.

6. Hanc Molinæ doctrinam paucis perſtringit Card. de Lugo tanquam inſufficientem, ob rationem dubitandi paulò antè allatam ex caſu, quo Vſusfructus, ſeu potiùs commoditas illius, tam vendi, quàm locari poteſt, & tamen in illo caſu non apparet adducta differentia, quia is qui emit, non fit dominus alicujus corporis quod ad venditorem ſpectabat; nec is qui locat, impendit alienæ materiæ operam ſnam. Cardinalem ſequitur Arnoldus Rath. th. 8. litt. E. nam, inquit, ſicuti mercis nomine hic non veniont ſolæ res mobiles, ſed etiam immobiles, jura & actiones quæ pecuniâ æſtimantur: ità quoque in Venditione ſolvi poteſt pretium pro Vſufructu, & mero quandoque uſu, qui proinde etiam merx appellatur, & tam per locationem, qnàm per venditionem transferri poteſt. Loquitur autem hîc A. (ſicut & Lugo.) de Venditore Vſuſtuctuario, ut ſe declaraverat litt. C. qui proinde propter Iuris perſonalitatem non plus in Emptorem transferat, quàm in Conductorem, cui Vſusfructus ad vitam fructuarii fuerit locatus.

7 Itaque Card. de Lugo aliud diſcrimen aſſignat, quem ſequitur citatus Iureconſultus. Dicit ergo Lugo, differentiam eſſe hanc: qoia per locationem non datur Vſus pro unico pretio, ſed pro penſione ſucceſſivè ſolvenda, quæ non debetur tota ſtatim ab initio, ſed ſucceſſivè, & per partes, prout per partes & ſucceſſivè accipitur vſus. In Emptione verò pactum fit de Vnico pretio, quod ſtatim totum debetur. Vnde oritur alius effectus, quòd in Emptione rei determinatæ, periculum rei venditæ ſtatim pertinet ad Emptorem: quare ſi res absque venditoris culpa pereat, perit emptori, qui nihilominus ad pretii ſolutionem obligatur. In locatione verò periculum ſemper ſpectat ad locatorem, nec penſio debetur, pereunte re locatâ etiam poſt traditionem, absque culpa conductoris.

Contra hanc doctinam replicari poterat, quòd etiam quandoque in Emptione ſolutio pretii fiat ſocteſſivè: vulgò, *Jæhrliche Nachfriſten.* Huic replicæ obviat Arnoldus Rath, aſſignando adhuc differentiam *litt. D.* quoniam prima pretii pars, vulgò *Die Angab,* ſtatim cum ipſo traditæ rei implemento ſolvitur, & ſic deinceps partiales ſolutiones, vulgò, *Die Nachfriſten,* in principio cujusque anni pariter præſtantur, ſecùs, quàm in locatione evenit, ipſnm conductorem ad penſionis ſolutionem denique in fine eujusque anni obligante. Cæterùm ego non dubito, quin & venditio fieri poſſet eum pacto; ut primùm partiales ſolutiones ad finem cujusque anni fierent. Quare Lugo videtur factæ Replicæ ſufficienter occurriſſe, dum ſubtiliter dixit, quòd in locatione ità debeatur ſolutione per partes, ut attendi debeat proportio cum Vſu ſucceſſivo (quod in Venditione non niſi per accideos fieret) & ideo periculum ſemper etiam traditâ re pertineat ad locatorem non ad Conductorem, qui proinde re pereonte non tenetur ad ulteriores partiales ſolutiones, ſicut Emptor teneretur, ad quem ſpectaret periculum.

Horum DD. doctrina otique ſubtilis eſt, & ſufficiens. Quid autem ad textus à P. Molina reſpondendum eſt? Puto dicendum, in illis legibus non intendi differentiam univerſalem,

ſalem, ſed reſponderi ad caſos particulares, in quibus dubitabatur, nempe quando artifex locat operam non qualemcunque, ſed Effectivam, ut loquuotur Philoſophi, quæ relinquat opus poſt ſe, & tonc diſcrimen locationis ab Emptione eſſe colligeodnm ex eo, an transferatur ab artifice etiam materiæ dominium (& tunc erit Venditio) an verò ſola opera adhibeatur in materia conductoris, & erit cooductio.

8. Citatus IureConſultos ultra differeotiam ex Card. Lugo relatam, aliam affert, quam ait *litt. E.* eſſe optimam & Iuridicam, nempe, quòd ſi Venditor eſt dominus, etiam in Emptorem Dominiom, ſi quidem de jore poteſt, transferat, aut ſaltèm oſucapiendi conditionem, in locatione verò id agatur, ne dominium, ſed ſolus uſus transferatur. Verùm, contra hoc replicabit aliquis, quia, nt dictum, poteſt ſolus uſus vendi: quo caſu etiam noo transfertur dominium: quare, ut hæc differentia ſit ooiverſalis, erit extendenda ad Quaſi domioiū, quale transfertur in venditore nsûs, non item in locatione, ſecotâ traditione rei vtendæ.

Conſtat ex hactenus dictis, quòd de ſobſtaotia hujus Conttactûs ſit Intentio ſe obligandi ad transferendum dominium, vel quaſi, quantùm in ſe eſt. Vnde inferunt DD. quòd pactum de non transfereodo dominio ſit contra ſubſtantiam hujus Contractûs, per legem 80. §. f. ff. h. t. *Nemo poteſt videri eam rem vendidiſſe, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem tranſeat: ſed hoc aut locatio eſt, aut alius genus contractûs.* Ipſa tamen actualis translatio dominii non eſt de ſubſtantia hujus contractûs, quia, ut dicetur, vendi poteſt res aliena, quo caſu certum eſt dominium non transferri, cùm res evinci poſſit, & vindicari à Domino.

CONTROVERSIA III.

Qualis Contractus ſit cenſendus, quando Emptor partim pecuniam, partim rem aliquam loco pretii paciſcitur.

SUMMARIUM.

Exponitur utilitas quæſtionis. 9.
Referuntur variæ ſententiæ. eod.
Opinio Card. de Lugo. 10. *& ſeqq.*

9. Vtilitas quæſtionis eſt aperta: nam alios effectus parit Contractus Emptionis, quàm Permutationis, aut Inoominatus, *Do ut des.* in his, non item in illo eſt pœnitentiæ locus, & res tradita poteſt reperi, altero non implente contractum, res autem vendica & tradita non poteſt repeti, ſed ſolùm agi ad hoc ot emptor impleat cootractum ſolutiooe pretii. Taceo alios effectus, v. g. de Iure Retractûs, quod in Venditione locum habet, non item io Permutatione. Item quòd Venditiooi imponantor Gabellæ, &c. Quæritor ergo, ſi cootrahant duo ità, ut v. g. Petrus ſit obligatus dare domum, Paulus aotem pro domo debeat ſolvere 100. fl. & 100. Modios tritici, &c. an ſit Cootractus Emptionis (eò quòd pactum circa nummos tanquam pretium verſetur) vel Permutationis, eò quòd res pro re tradeoda veniat) vel partim Emptio, partim permutatio. Poteſt autem vel eſſe inæqualitas valoris inter pecuniam, & rem loco pretii tradendam, v. g. inter oummos & triticum, vel æqualitas. Si inæqualitas, vel excedit valore pecunia, & quidem notabiliter, vel triticum.

Prima, & valde commonis eſt ſententia Bartoli *in l. Ariſto. n. 2. ff. de donat. & in l. 54 ff. h. t. & in l. 1. ff. de rer. permut.* Eſſe imprimis inſpiciendam intentionem contrahentium, quæ præſumetur talis fuiſſe, qualem verba quibus contraxeruot, ſignificant. v. g. ſi uſi ſunt vocabulo Venditionis, erit præſumenda intentio vendendi, & erit Venditio; econtra erit Permutatio, ſi hoc vocabulo uſi fuerint. Nam licèt, ſecondùm vulgaria, noo debeat attendi nomen à contraheotibus impoſitom, hoc tamen ſolùm procedit, quando modus loquendi repugnat oaturæ conventionis, v. g. ſi quis diceret: *Vendo tibi equum pro bove:* eſſet Permutatio. quia Venditionis oatura requirit pecuniam. Atqui in noſtro caſu iotervenit aliqua pecunia. Ergo modus loqueodi non repugnat conventioni. Quodſi verò partes contrahentes oon exprimunt unum potiùs, quàm alium contractum, tooc volunt DD. commooiter, inſpiciendum eſſe, an ſit inæqualitas notabilis, inter valorem pecuniæ, & rei, v. g. tritici loco pretii ſolveodi, vel econtra, ſi excedit pecunia erit Emptio, ſi res, erit Permutatio.

Quodſi non eſt ootabilis exceſſus alterutrius, oec conſtat de partium intentione, tunc DD. magis variant. Aliqui voluot, eſſe venditionem; alii, ijque plures volunt, in hoc dubio eſſe Permutatiooem, vel Contractum Innominatum. Media inter hos eſt ſeotentia, docens eſſe contractum Mixtum, ſeu duplicem, partim Emptionem, partim Permutationem. Ità Alciatus, quem cum aliis ſequitur P. Molina, & Lugo.

10. Card. de Lugo tameo addit, in tali caſu eſſe io arbitrio contrahentium, an velint facere contractum totalem venditioois, etiamſi major pars pretii ſit res aliqua, an verò duplicem venditionem celebrare: v. g. ſi quis det fundum valentem 1000. pro domo, & 100. aureis: unam ſcilicet, quâ vendatur fundus pro 1100 aureis, alteram verò, quâ emptor fundi vendat domum pro mille anreis, ex ijs quos debet pro fundo, quo caſu quia duplex venditio eſt, duplicem etiam

 Gabellam,

Digitized by Google

Gabellam, unam ex venditione fundi, alteram ex venditione domûs deberi exiſtimat Lugo ſ.1.n.7.

Hanc doctrinam improbat Arnoldus Rath ex eo capite, quòd licèt vera venditio fundi in propoſito caſu dici queat, non tamen ſimiliter dici poſſit vera ipſius domûs venditio propterea interveniſſe, quòd pro ea ex altera parte nullum pretium in pecunia numerata interceſſerit.

11. Addo ego, quòd ſi hoc modo pro libitu agere poſſent contrahentes, manifeſtè ſequeretur, quòd omnem permutationis ſpeciem poſſent convertere in Emptionem Venditionem, nempe, qui permutaret bovem cum equo, diceret, ſe vendere illi bovem 30. & pro illis 30. debitis emere equum. Sequela autem non eſt conſentanea legibus. Nam licèt hoc aliqui, ut Sabinus & Caſſius, putaverint, contraria ſententia prævaluit. l. 1. §. 1. ff. h. t. [Sed, an ſine nummis venditio dici hodieque poſſit, dubitatur. veluti ſi ego togam dedi, ut tunicam acciperem, Sabinus & Caſſius eſſe Emptionem Venditionem putant. Nerva & Proculus permutationem non emptionem hoc eſſe] & paulò pòſt. [Sed verior eſt Nervæ & Proculi ſententia : nam ut aliud eſt vendere, aliud emere, alius emptor alius venditor: ſic aliud eſt pretium, aliud merx, quod in permutatione diſcerni non poteſt, uter Emptor, uter venditor ſit.] Atqui ſecundùm ſpeculationem Lugonis, uterque eſſet Emptor, Veterque Venditor. Quod videtur eſſe contra ſenſum legis, quæ non debet eludi poſſe per diverſos reſpectus. Addo ulteriùs, quòd in tali caſu potiùs eſſet novatio, quatenus debitum pecuniarium mutaretur in debitum domûs, ut dixi *tr.* 8. *n.* 150.

12. Fortaſſe Card. de Lugo aliud non voluit, quàm quod habetur in lege 1. *C. de Rerum Permutatione*, nempe, quòd talis Contractus ſit quidem reipsâ Permutatio, ex quo detur actio *præſcriptis verbis.* nihilominus tamen talem contractum lege Emptionis teneri, quam ſibi contrahentes imponere, & naturæ permutationis in hoc derogantes, tam Pœnitentiæ facultatem, quàm re evictâ condictionem *ob cauſſam datam non ſecutam* ſibi adimere potuerunt, ut ſola perſecutio ad exemplum actionis *ex empto*, quanti intereſt accipientis, rem non fuiſſe evictam, locum habeat, & quidquid inter contrahentes litis oriretur, ex lege Emptionis definiri oporteat. Lex ita habet. [Si, cùm patruus tuus venalem poſſeſſionem haberet, pater tuus pretii nomine (licèt non taxatâ quantitate) aliam poſſeſſionem dedit, idque quod comparavit, non injuriâ judicis, nec patris tui culpâ evictum eſt: ad exemplum NB. ex empto actionis non immeritò id quod tuâ intereſt, ſi in patris jura ſucceſſiſti, conſequi deſideras. At enim, ſi cùm venalis poſſeſſio non eſſet, permutatio facta eſt, idque quod ab adverſario præſtitum eſt, evictum eſt: quod datum eſt, ſi hoc elegeris, cum ratione reſtitui poſtulabis.] Ex qua lege clarum fit, voluntatem vendendi in tali caſu non impedire, quò minùs ſit Permutatio, ſed tamen operari quoſdam Venditionis effectus, quos habet in caſu evictionis. Porrò quòd ex tali contractu detur actio Præſcriptis verbis (quæ eſt propria Permutationis) pro agentis arbitrio, vel ad implementum contractûs, vel ad rei datæ repetitionem competens, habetur *l.* 5. §. 1. *ff. de Præſcript. verb.* ibi. [dubium non eſt naſci civilem obligationem : in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, ſed ut damneris mihi quanti intereſt meâ illud de quo convenit, accipere ; vel ſi meum recipere velim, repetatur quod datum eſt, quaſi ob rem datam, re non ſecutâ.] Idem habetur in lege 4. 6. *& ult. C. de rerum permutatione.* quas referam, quando de Permutationis contractu agam.

CONTROVERSIA IV.

Quandonam cenſeatur Emptio Venditio celebrata in ſcriptis, & non ſolo conſenſu perfecta.

SUMMARIUM.

EMptio quandoque celebratur interventu ſcripturæ. 13.

Quando intentio contrahentium alligatur ſcripturæ, non perficitur ſolo conſenſu. 14.

Quando talis alligatio non exprimitur, præſumitur ſcriptura ſolùm requiri ad probationem. 15.

13. TAmetſi de Natura hujus contractûs non ſit ſcriptura, eò quòd ſolo conſenſu perficiatur, aliquando tamen intervenit Scriptura, ſeu Inſtrumentum Venditionis legitimè confectum, vel ab ipſis contrahentibus, vel ab aliis, & à contrahentibus ſubſcriptum. Unde dubium eſſe poteſt, utrum contractus ille ante confectionem ſcripturæ poſſit cenſeri perfectus, ità ut pariat effectus Emptionis, etiamſi ſcriptura non ſequatur, vel antequam ea perficiatur, & debeantur Gabellæ impoſitæ Emptioni. Et quidem hodiernis moribus, quando bona immobilia venduntur, ſolet Inſtrumentum confici ſecundùm *l. un.* §. 2. *C. de ſuffragio.* *Quodſi prædia ruſtica vel urbana placitum continebit ſcriptura, quæ ea in alium transferat, emittatur, ſequatur & traditio corporalis, & rem fuiſſe completam, geſta teſtentur : aliter enim ad novum dominum tranſire non poſſunt.* Quando verò venduntur res mobiles, non ſolet fieri ſcriptura, niſi fortè dilatâ ſolutione, aut mercis traditione, in quo Conſuetudo varia eſt.

14. Dicendum eſt. 1. Si contrahentes expreſsè alligent Contractum Emptionis ſcripturæ,

ræ, ità ut expreſsè nolint eum valere ante ſcripturam confectam & approbatam, non perficitur contractus per talem antecedentem conſenſum, neque inde naſcitur ulla obligatio. De hujuſmodi contractu loquitur Imperator pr. Inſt. h. t. ibi. [In iis autem quæ ſcripturâ conficiuntur, non aliter eſſe perfectam Venditionem & Emptionem conſtituimus, niſi & Inſtrumenta Emptionis fuerint conſcripta vel manu propriâ contrahentium, vel ab alio quidem ſcripta, à contrahentibus autem ſubſcripta: & ſi per tabellionem fiunt, niſi & completiones acceperint, & fuerint partibus abſoluta. Donec enim NB. aliquid deeſt ex his, pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœna recedere ab Emptione & Venditione.] Quæ omnia adhuc copioſiùs dicuntur in lege 17. *C. de fide Inſtrum.* Ratio eſt manifeſta, quia intentio eſt conditionata & ſuſpenſiva obligationis: neque tales volunt ſe nunc obligare in illud tempus quo abſolvatur inſtrumentum, ſed volunt obligari, ſi inſtrumentum confectum fuerit. Hinc dicunt Juriſtæ, Venditionem dici fieri in ſcriptis, non quando jam perfecta in ſcripturam redigitur, ſed cùm à principio hoc actum eſt, ut ſcripto comprehendatur. Porrò licèt DD. poſt Bartolum communiter teneant, quòd Emptionis inſtrumentum in Judicio non probet contra negantem ſe vendidiſſe, ſi pretium in eo non fuerit expreſſum, ſed ſolùm probet contra alium tertiū, ut explicat Maſcardus *vol.3. concl.* 1401. *n.8. & ſeqq.* notat tamen Harpprecht, ex generali conſuetudine Germaniæ fidem facere inſtrumenta, in quibus pretii & numerationis in genere tantùm fit mentio, non tantùm contra tertium ad probandum titulum, ſed etiam contra ipſum venditorem, & ejus hæredem, ut agi poſſit ad rei venditæ traditionem.

Dubium eſt, in caſu quo non expreſsè declarârunt Intentionem ſuſpenſivam obligationis, ſed ſolùm dixerunt, ſe velle habere inſtrumentum publicum de ſuo contractu, quid in tali caſu præſumendum ſit? Paulus Caſtrenſis *in cit. l.17. C. de fide Inſtr.* item Toloſanus *Syntag. lib.25. c.17.* Duarenus *de fide Inſtrum. c.* 4. volunt præſumendam eſſe intentionem ſuſpenſivam.

15. DICENDUM tamen eſt cum communiore Juriſtarum, quos refert, & ſequitur Ferd. Vaſq. *lib.* 1. *Contr. c.*28. Thuſcus *v. Contractus concl.*99. potiùs præſumi intentionem, quâ ſcriptura ſolùm requiratur ad probationem, & majorem ſecuritatem. Ratio eſt, quia cenſentur velle contrahere ſecundùm naturam contractûs. atqui Contractus Emptionis eſt talis naturæ, ut ſolo conſenſu perficiatur, niſi aliud declaretur. Præterea ſolent ſecundùm Jura conſici inſtrumenta ſolùm ad probationem. Ità de conſtitutione hypothecæ dicitur in lege 4. ff. de pignorib. ibi. [Fiunt enim de his ſcripturæ, ut quod actum eſt, per eas faciliùs probari poterit: & ſine his autem valet, quod actum eſt, ſi habeat probationem: ſicut & nuptiæ ſunt, licèt teſtationes in ſcriptis habitæ non ſunt.] quæ eadem verba repetuntur in *l.* 4. *ff. de fide Inſtrum.* & *l.*11. *C. de probat.* dicitur. *Cum res non inſtrumentis geruntur, ſed in hac rei geſtæ teſtimonium conferatur: factam emptionem, &c.*

CONTROVERSIA V.

Utrum Venditor obligetur præcisè, & determinatè ad tradendam mercem, vel ſolùm ſub disjunctione, vel ad tradendam mercem, vel ad ſolvendum intereſſe, quo ſoluto liberetur.

SUMMARIUM.

Venditor non liberatur ſolutione æſtimationis, ſed tenetur mercem tradere. 16. *& ſeqq.*
Intellectus legis 1. pr. ff. de act. empti. 18.
Intellectus legis 22. ff. de rebus creditis. 19.
Intellectus legis 25. §. 1. ff. de contrah. empt. 20.
Intellectus legis 12. ff. de actionib. empti. *eod.*
Obligatio Faciendi *quandonam tollatur præſtatione æſtimationis.* 21.

QUæſtionem hanc apud Jureconſultos admodum celebrem, non invenio tractatam à Theologis, qui videntur tanquam certum ſupponere, quòd Venditor determinatè obligetur ad mercem tradendam. Eandem & ego ſuppoſui *to.* 1. *tr.* 2. & alibi: quamvis in tract. feudali occaſione alicujus objectionis contrariam ſententiam adverſariis tranſmiſerim, ipſam verò reſolutionem ad hunc locum, quò pertinet, reſervaverim.

Prima Opinio eſt, poſſe Venditorem liberari ſolvendo intereſſe Emptori. Hanc ſententiam vel tradunt, vel ſupponunt multi Juriſtæ, quos ſequuntur Fachineus *l.* 2. *c.* 30. Bacchovius, & Hunnius *in Treutlerum.* eandem ſupponit Myninger *cent.* 1. *obſerv.* 53.

16. Secunda Opinio communior & verior ait, Venditorem teneri præcisè ad traditionem rei venditæ: ſi ejus tradendæ poteſtatem habet. Ità innumerabilibus relatis tenet accuratus Harpprecht, quibus addo VVilhelmum Ludwel §. 1. *Inſt. n.* 4. & Sebaſtianum Krayſſerum, *in fnis Inſt. Romano Bavaricis n.* 9. & Jo: VVurmſerum *lib.* 3. *nucl. Contr. tit.* 24. *contr.* 3. & Ant. Perez *in C. b. t. n.* 14. Arnoldum Rath, *de Contr. Empt. th.* 57. & ex Theol. *Palao d.* 5. *p.* 13. Adeo ut ex plurium Juriſtarum opinione (quos refert Fach. c. 31) ne quidem ſufficeret, ſi Venditor vellet ſe conſtituere poſſeſſorem nomine Emptoris

tis. *ob legem* 11. §. 2. *ff. de act. empti.* eandem tenet Cævallos *q.* 459. Eandem tenet Ius Bavaricum *L. R. tit.* 6. *a.* 3.

Probatur 1. Eo modo obligatur ad rem tradendam Venditor, quo modo ad rem donatam donator: ſed donator obligatur præciſè ad tradĕdam, nec liberari poteſt ſolvendo intereſſe. Ergo. Major & Minor habetur §. 2. *Inſt. de donat.* ibi. [Et ad exemplum Venditionis noſtra conſtitutio eas (donationes) etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis voluit: ut etiam ſi non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectum robur, & traditionis neceſſitas incumbat donatori.] Reſpondet Fachineus & alii, ex aliis legibus colligi, quòd in hujusmodi textibus ſubintelligendum ſit: *vel ad ſolvendum intereſſe ſi malit.* quod an verum ſit, in ſolutione objectionum videbimus.

Minor argumenti confirmatur ex lege 35. §. fin. *C. de donat.* ibi. [Neceſſarius traditionis effectus ſequatur, & neceſſitatem habeat donator omnimodo vel res, vel partem ſubſtantiæ, quam nominaverit, vel totam ſubſtantiam tradere.] Vnde benè argumentatur Harpprecht. Si à donatore tam præciſè exigitur traditio rei donatæ, cui tamen alioquin magìs, quàm Venditori ſubvenitur, nempe, quia non tenetur de evictione, ſicut tenetur venditor, utique multò magìs à venditore exigi debet traditio rei venditæ utpote qui pretium conſequitur.

Probatur 2. ex lege 11. §. 2. ff. de actionib. Empti. *Et imprimis ipſam rem præſtare venditorem oportet, id eſt tradere.* ubi planè illa particula, *Ipſam*: ad hoc addita videtur, ut excluderetur omnis alius modus ſe liberandi. Quò etiam facit particula *Omnimodo* in §. J. h. t. ibi. *Omni modo & pretium perſolvatur, & res tradatur.* Si res omni modo tradenda eſt: ergo nullo alio modo ſatisfiet: quis enim ferat dicentem eum, qui non rem, ſed intereſſe vult ſolvere, aut ſolvit: ſe omni modo rem tradidiſſe. cùm potiùs contraria ſit vera propoſitio: *nullo modo rem tradam, ſed* intereſſe. Ibidem dicitur: *Venditio ad effectum deducatur.* atqui reſiliendo & pœnitendo, ac intereſſe ſolvendo loco rei, non deducitur Venditio ad effectum, ut patet.

Probatur 3. ex lege 78. §. 1. *ff. h. t.* ubi tutor filii, à cujus patre priùs emerat fundum, habet poteſtatem poſſidendi fundum. Ergo ſupponitur defunctus fuiſſe determinatè obligatus ad fundum tradendum: alioquin tutor deberet pupilli res ità adminiſtrare, ut, ſi expediret illi potiùs præſtari intereſſe, quàm tradi fundum tutori, illud non hoc tutori concedendum eſſet. Textus ſic habet. [Fundum ab eo emiſti, cujus filii poſtea tutelam adminiſtrans nequaquam accepiſti poſſeſſionem: dixi, tradere te tibi poſſeſſionem hoc modo poſſe, ut pupillus & familia ejus decedat de fundo; tunc demum tu ingrediaris poſſeſſionem.]

17. Probatur 3. (quo argumento maximè moveor) Si liberum eſſet venditori, ante rei traditionem reſilire, & ſolvere intereſſe, tunc absque ulla culpa, tam Theologica quàm civili, poſſet rem alteri vendere, & tradere, transferendo in illum dominium: imò ſi venderet ſecundo, etiamſi non traderet, utraque venditio valeret, quia utrique poſſet ſatisfacere, ſolvendo uni intereſſe, rem alteri tradendo, imò neutri tradendo, ſed utrique ſolvendo intereſſe: hoc autem eſt contra ſenſum omnium, nec credo adverſarios admittere: ſicut abſurdum eſſet dicere, poſſe ſponſam poſt ſponſalia cum uno contracta validè contrahere ſecunda ſponſalia cum alio, & etiam ſine peccato cum ſecundo matrimonium, ſi priori velit præſtare intereſſe, quod eſt contra omnes Theologos. Deinde repugnat lex 21. *ff. ad L. Corn. de falſiſ.* *Qui duobus in ſolidum eandem rem diverſis contractibus vendidit, pœnà falſi coërcetur.* Hoc argumentum nec refert, nec ſolvit Hunnius, qui cæteroquin decem argumenta ſolvere conatus eſt.

Probatur 4. Manifeſtè iniquum eſt, poſſe Venditorem cogere Emptorem ad probandum *Intereſſe*: quod eſt difficillimæ probationis. atqui in ſententia adverſariorum hoc poſſet, quia poſſet nolle rem tradere, ſed velle ſolvere intereſſe, & negare, quòd interſit Emptoris, rem tradi, donec hoc ille probet. Non minùs iniquum eſt, quòd adverſarii tribuant venditori poteſtatem reſiliendi, ſolvendo intereſſe, & tamen Emptorem obligent determinatè ad ſolvendum pretiũ, ſi venditor offerat mercem & exigat pretium: cur enim non & Emptor poſſit ſe liberare ſolvendo intereſſe? atqui non poteſt: quia Venditori competit actio venditi ad pretium exigendum.

Probatur 5. Qui rem alienam vendidit, & antequam traderet, hæres exiſtit illius, cujus eſt res vendita, cogitur præciſè ſervare contractum, & implere venditionem, ad quod tamen non teneretur, ſed ſolùm ad intereſſe, ſicut ſi non fieret dominus illius rei: argumento legis 46. ff. de act. empt. *Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore hæres Domino rei exſtiterit, cogetur implere venditionem.* Ergo ſupponitur in hac lege, quòd dominium rei venditæ fundet obligationem tradendi rem ipſam.

Probatur 6. Per argumentum à ſenſu contrario, (quod in Iure fortiſſimum eſt, niſi contrariis legibus elidatur) ex lege 68. §. *f. ff. h. t.* [Nec videtur abeſſe (dolus) ſi per eum (venditorem) factum eſt, aut fiet, quominus fundum emptor poſſideat. erit ergo ex empto actio, non ut venditor vacuam poſſeſſionem tradat, cùm multis modis accidere poterit, ne tradere poſſit; ſed ut, ſi quid dolo malo fecit, aut facit, dolus malus ejus æſtimaretur.] Ex quo textu duplex argumentum fieri poteſt. Primum ſic. Id quod dolo fit, jure non fit. ſed ſi venditor ſolveret intereſſe loco traditionis rei, dolo hoc faceret: ergo non

non ſit jure. Minor probatur. Venditor dolo facit, ſi facit quominus emptor fundum poſſideat: atqui ſolvendo intereſſe & non tradendo, facit, ne Emptor fundum emptum poſſideat: ergo dolo facit. Major eſt in lege. Minor eſt adverſariorum, & ex ſe evidens. Secundum argumentum eſt à ſenſu contrario, hoc modo. Ideo Venditoris nolentis rem tradere dolus æſtimatur, quia rem tradere non poteſt ex accidenti: ergo ſi poteſtatem habet rem tradendi, tradere cogi poteſt. Nunc fundamenta contrariæ ſententiæ videamus.

18. Objiciunt 1. Legem 1. *pr. ff. de act. empt. Si res vendita non tradatur, in id quod intereſt agitur, hoc eſt, quod rem habere intereſt Emptoris.* ℟. 1. Hanc legem poſſe imprimis intelligi de caſu quo res vendita ampliùs tradi non poteſt: nam etiam de eo quod tradi non poteſt, verum eſt dicere, quòd non tradatur. ſicut enim valet conſequentia ab actu ad potentiam, ità econtrà valet conſequentia ab impotentia ad negationem actûs. Ergo quando Venditor fuit in mora tradendi, & ſic factum eſt, ut non ampliùs tradere poſſit, v.g. quia res interiit, quia interea alteri vendidit & tradidit, quia evicta eſt, &c. tunc hac lege conceditur actio *ex empto* ad intereſſe, & hic ſenſus colligitur ex ſequentibus verbis. *Hoc autem* (intereſſe) *interdum pretium egreditur, ſi pluris intereſt, quàm res valet, vel empta eſt.* Certè hoc ſignum eſt, Venditorem non habere ampliùs poteſtatem tradendi rem, alioquin utique eam potiùs traderet, quàm ſolveret intereſſe excedens pretium rei.

℟. 2. Eandem legem poſſe intelligi, quòd in favorem Emptoris ſtatuat, ut poſtquam Venditor eſt in mora tradendi, ipſe eligat, an velit agere ad intereſſe, vel ad rem tradendam. Imò concedi videtur, quòd poſſit agere ad intereſſe, ratione damni, quod ex mora paſſus eſt, eâdem actione, quâ agitur ad traditionem rei. Conſentit his lex 10. *C. de act. Empti. Cùm venditorem carnis fide conventionis ruptâ tempore placito hanc non exhibuiſſe proponas, ex empto actione eum quanti intereſt tuâ, ſi tunc præſtita fuiſſet, apud Præſidem Provinciæ convenire potes.*

Inſuper explicatio tradita clariſſimè colligitur, & Concluſio noſtra firmatur ex lege 6. C. de Hæredit. & act. vendita. ubi expreſsè dicitur, quòd qui rem venditam alteri vendit & tradit, fidem frangat, & ideo ad intereſſe teneatur. ſed ſanè, ut ſuprà dictum, fidem non frangeret, ſi ipſi liberum de Iure eſſet, loco rei ſolvere intereſſe. [Qui tibi hæreditatem vendidit, antequam res hæreditarias traderet, Dominus earum perſeveravit, & ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam NB. Contractûs fidem fregit, ex empto actione conventus, quanti tuâ intereſt, præſtare cogetur.]

Eodem modo intelligendæ ſunt aliæ leges, quas adverſarii pro ſe adducunt. & ideo non conſtituunt ſpecialem objectionem. Lege 11. §. 9. ff. de act. empti. dicitur. *Non tradentem, quanti intereſt, condemnari.* Colligitur ex verbis præcedentibus *& ex empto actionem eſſe, ut habere licere emptori caveatur: ſed & NB. ut tradatur ei poſſeſſio.* Item quod dicitur lege 17. *C. de fide inſtrum.* ibi. [Adeò ut nec illud in ejuſmodi venditionibus liceat dicere, quòd pretio ſtatuto neceſſitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod Emptoris intereſt, perſolvere.]

19. Objiciunt. 2. ex lege 22. *ff. de rebus creditis.* ubi cùm pro vino mutuò dato æſtimatio ſolvatur, quod eſt aliud pro alio ſolvere, inſerunt adverſarii; quòd præſtatio *intereſſe* etiam venditorem liberet. Negatur illatum. In caſu legis debitor in mora erat, unde factum eſt, ut vinum ejuſdem bonitatis non ampliùs reperiretur: quid ergo mirum, quòd ad æſtimationem deveniendum fuerit. Lex ità habet [Vinum, quod mutuum datum erat, per judicem petitum eſt: quæſitum eſt, cujus temporis æſtimatio fieret: utrùm cùm datum eſſet, an cùm litem conteſtatus fuiſſet, an cùm res judicaretur? Sabinus reſpondit, ſi dictum eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet.]

Huc facit contra adverſarios *lex* 4. *C. de act. Empti* ut mirum ſit, eam pro ſe ab ipſis adduci. [Si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum NB. procaciâ venditoris non fiat: quanti intereſſe compleri emptionem fuerit arbitratus præſes provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.] Nempe, quia intereſt Emptoris, ſolvi ſibi intereſſe (quod fortè valorem rei excurrit) quàm rem venditam tradi, cujus fortè utilitas poſt moram ceſſavit.

20. Objiciunt. 3. ex lege 25. §. 1. *ff. h. t. Qui vendidit, neceſſe non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum ſtipulanti ſpopondit* ℟. Sermonem eſſe de fundo alieno vendito, quem quidem venditor tradere tenetur, ſed ſi evincatur, non tenetur eum comparare & tradere ac transferre dominium, ſed tenetur ſolùm ad intereſſe, ut dicetur infrà cùm agetur de Evictione. Huc facit lex 60. *ff. de Evictionibus.* [Si in venditione dictum non ſit, quantùm venditorem pro evictione præſtare oporteat; nihil venditor præſtabit præter ſimplum, evictionis nomine: & ex naturâ ex empto actionis hoc, quod intereſt.]

Objiciunt 4. ex lege. 12. *ff. de act. Empti. Si jactum retis emero, & captos piſces piſcator noli tradere, ad æſtimationem rei agendum.* Reſpondent aliqui, hic agi de Obligatione *faciendi*; ubi promittens ſolùm ſub disjunctione tenetur. Non utor hac reſponſione, tum quia, agens de ſtipulatione n. 45. contrarium probabilius judicavi, tum etiam hoc permiſſo ob communem auctoritatem, quia, ut benè viget Fa-

Contr. VIII. De Culpa à Creditore præſtanda. 298
Contr. IX. Quænam Actiones competant ex contractu Pignoris & Hypothecæ. 300
Contr. X. Quibus Modis Pignoris obligatio diſſolvatur. 302
Contr. XI. De Venditione Pignoris, ob debitum non ſolutum. 305
Contr. XII. Quibusnam competat ex lege Hypotheca tacita. 308

CAPUT X.

De Contractu Innominato Transactionis.

Contr. I. Quid ſit Transactio. 312
Contr. II. Quibus Modis fiat Transactio. 314
Contr. III. Quibus Perſonis permiſſum ſit tranſigere. 316
Contr. IV. In quibus rebus, cauſiſque locum habeat Transactio. 318
Contr. V. Quam vim, & quos effectus habeat, quaſque Actiones pariat Transactio. 322
Contr. VI. Quam Extenſionem admittat Transactio Particularis, aut Univerſalis. 324
Contr. VII. Utrum Transactio ſit Contractus ſtricti Juris. 325

CAPUT XI.

De Reliquis Contractibus Innominatis.

Contr. I. De Contractibus innominatis in IV. genera diviſis, eorumque ab aliis & inter ſe differentia. 326
Contr. II. Quomodo in Contractibus innominatis liceat Pœnitere. 328
Contr. III. De Actionibus, quæ ex Contractibus innominatis dantur, & an ſint Stricti Juris. 330
Contr. IV. De Contractu Innominato Permutationis. 332
Contr. V. De Contractu Æſtimatorio, & Actione de Æſtimato. 333

CAPUT XII.

De Contractibus quibus Fortuna admiſcetur.

Contr. I. De Ludo. 334
§. I. Prima Conditio: Libera Diſpoſitio de Ludi materia.
§. II. Libertas prout excludit coactionem ad ludendum. 336
§. III. Tertia Conditio: Obſervatio Legum quibus Ludus exercetur. 337
§. IV. Quarta conditio: Æqualitas colludentium. Ibid.
§. V. De Obligationibus ex Ludo prohibito. 338
Contr. II. De Contractu Sponſionum. 340
Contr. III. De Contractu Sortis. 341
Contr. IV. De Contractu Aſſecurationis. Ibid.

CAPUT XIII.

De Quaſi Contractibus, ſeu de Obligationibus, quæ Quaſi ex Contractu naſcuntur.

Contr. I. De quaſi Contractibus in genere. 343
Contr. II. De obligationibus quæ ex negotiis geſtis oriuntur.
§. I. Explicatur ejus Definitio & Natura. 344
§. II. De Actionibus ex hoc Quaſi-Contractu deſcendentibus. 346
§. III. Ex qua culpa teneatur negotiorum geſtor. 348
Contr. III. De Quaſi Contractu inter Tutorem & Pupillum ratione adminiſtratæ Tutelæ. 349
Contr. IV. De Quaſi Contractu ex Rerum ſingularium Communione. Ibid.
Contr. V. De Quaſi Contractu & Hæreditatis communione. 350
Contr. VI. De Quaſi Contractu ex confuſione Finium, ſeu Terminorum. 353
Contr. VII. De Quaſi Contractu ex Hæreditatis aditione. 354
Contr. VIII. De Quaſi Contractu ex detentione alicujus rei: ſive: de actione ad exhibendum. 355
Contr. IX. De Quaſi Contractu ex ſolutione Indebiti. 356

R.P. CHRI-

R.P. CHRISTOPHORI

HAUNOLDI

E SOCIETATE JESU,

TRACTATUS X.

DE

CONTRACTIBUS BONÆ FIDEI.

Item de

TRANSACTIONE,

CÆTERISQUE CONTRACTIBUS INNOMINATIS, AC DENIQVE DE OBLIGATIONIBVS EX QVASI CONTRACTV.

CAPVT PRIMVM.

DE CONTRACTV EMPTIONIS, ET VENDITIONIS.

Contractus Bonæ Fidei aliqui ſolo Conſenſu perficiuntur, alii Re. De prioris generis Contractibus ità loquitur Imperator tit. 23. lib. 3. Inſt. [Conſenſu ſunt Obligationes in Emptionibus, Venditionibus, Locationibus, Conductionibus, Societatibus, Mandatis. Ideo autem iſtis Modis obligatio dicitur Conſenſu contrahi, quia neque Scripturâ, neque præſentiâ omnimodo opus eſt; ac nec dari quidquam neceſſe eſt, ut ſubſtantiam capiat obligatio: ſed ſufficit eos, qui negotia gerunt, conſentire. Vnde inter abſentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per Epiſtolam, vel per Nuntium. Item in his Contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono, & æquo præſtare oportet: cùm alioquin in Verborum obligationibus alius ſtipuletur, alius promittat.] Quibus verbis exiſtimat Bacchovius, Qualitatem *Bonæ Fidei* per excellentiam quandam tribui Contractibus his qui ſolo conſenſu perficiuntur.

Ex his Contractibus celeberrimus eſt *Emptio Venditio*, ac ſummè neceſſarius humanæ Reipublicæ, quod conſtat ex Origine illius. Cùm enim pecuniâ necdum inventâ, quæ æquivalenter eſſet omnia, difficile pluribus hominibus eſſet, etiam abundantibus quoad aliqua bonorum genera, conſequi aliqua, quibus indi-

gebant, eò qoòd non niſi commutatione conſequi poſſeut: res autem quas ad commotandum habebant idoneas, ſæpè vel excederent, vel non adæquarent valorem, & æſtimationem illius quod deſiderabant, ſicque commutatio retardaretur; neceſſe fuit inveniri monetam, in qua cujusvis rei æſtimatio poſſet æquari. quandò ergo conveniretur de valore rei, & conſequenter de pretio ſolvendo, qui ad pretium ſe obligâſſet, *Emptor*, qui ad rei traditionem, *Venditor* dictus eſt: ipſa verò Conventio, *Emptio Venditio*. Quod eleganter Paulus JC. in *l. 1. ff. h. t.* ità narrat. [Origo emendi, vendendíque à permutationibus cœpit. Olim enim non ità erat oommus, neque aliud merx, aliud pretiom vocabatur: ſed unusquisque ſecnndùm neceſſitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permotabat: quaodo plerumque evenit, ut quod alteri ſuperoſt, alteri deſit. Sed qoia non ſemper oec facilè concurrebat, ut cùm tu haberes, quod ego deſiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia eſt, cujus publica ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutatioonm æqoalitate quantitatis ſubveoiret: eáque materia formâ publicâ percuſſa, uſum Domioiúmque ooo tam ex ſubſtantia præbet, quàm ex quantitate, neque ultra merx utrumque, ſed alterum pretium vocatur.]

Mirum eſt, fuiſſe inventum JCtum, qui negaret, Coottactus, qui ſolo conſenſu perficiuotur, eſſe contractus propriè dictos. Negavit Giphanius ad *l. Iurisgentium. 7. §. 4. ff. de Pactis.* Cùm teries in Iure nomioentur Contractus, & io ſe Synallagma ſeo negotiom, & oltto citroque obligationem continere nimis apertum ſit. Non ſunt ergo *Nudum Pactum*, eo ſeoſo, qoo nodum pactum, ſeu nuda promiſſio Coutractibus opponitur, ot conſtat ex dictis *tr. 8. in pr.* ſed dicuntur ſolo conſenſu (& ità nudo pacto) perfici, quòd præter conſeoſum, nec ſcriptora, nec traditio, nec præſeotia, nec etiam certa formula verborum ad ſubſtaotiam ſint neceſſaria. Sic io lege 20. C. de Pactis, *nuda Pacta* dicuntur, quæ à traditione ſunt nuda, & ideo non trâosferunt dominium. *Traditionibus & Vſucapionibus dominia rerum, non nudis Pactis transferuntur.* Et hoc leve fundamentum fuit Giphanio, ut aliquid ſingulare diceret. Et hæc de Cootractibus, qui ſolo conſenſu perficiuntor, præfari placuit, ounc ad Contractum Emptionis Venditionis veoiamus.

CONTROVERSIA I.

Definitio Emptionis, & Venditionis explicatur.

SUMMARIUM.

Emptionis vocabulum aliquando minùs propriè ſumitur pro omni alienatione. hodie pro ſpecie Contractuum Nominatorum. 1.

Referuntur variæ Definitiones Emptionis Venditionis. 2.

Quo ſenſu ſit Contractus Iuris gentium. 3.

Definitio Boceri. eod.

Actio quæ datur ante traditionem, exceptione elidi poteſt. 4.

Quo ſenſu ante traditionem dicatur eſſe imperfectus. eod.

1. EMptio Venditio variis modis definitur, vocum potiùs, quàm ſignificationis diverſitate. Pro cujus iotelligeotia ſciendum eſt, Emptionis vocabulum aliquando latiùs, & minùs propriè in Iure ſumi. Nam aliqoaodo omoem alienationem Emptione ſignificatam eſſe, habetur in lege 29. §. 1. *ff. de ſtatu liberis:* ibi. *Quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur, nec intereſſet, quo genere quisque Dominus ejus fieret.* Hodiè verò accipitur pro certa ſpecie Contractuum nomioatorum, cujus definitionem hîc quærimus.

2. P. Leſſius definit Emptiooem, quòd ſit Pactio pretii pro Merce: Venditionem, quòd ſit Pactio mercis pro pretio. Ità & Palaus. P. Molina. *Eſt Contractus, qui conſenſu perficitur, Mercis pro pretio.* Accuratiùs ex Juriſtis Arnoldus Rath th. 7. *Contractus Jurisgentium, conſenſu perfectus, & mutuæ præſtationis, quo id agitur, ut pro certis nummis, ſive pecuniâ numeratâ, danti res tradatur.*

3. Quòd ſit Contractus *Juris gentium*, aſſerit expreſsè Juſtioianus Imperator, §. 2. I. de *J. N. G. & C.* ibi. *Et ex hoc Jure gentium omnes penè Contractus introducti ſunt, ut Emptio Venditio, Locatio, & Conductio, Societas, Depoſitum, Mutuum, & alii innumerabiles.*

Dices: Contractus Emptioois noo antè fuit, quàm eſſet iotroductus uſus moneræ, ut ſuprà dictum eſt: atqui quæ ex Iute Geotium proveniunt, utique jam priùs fuerunt: nam hoc Ius cum ipſo homioum genere oatum eſt. R. Jus Gentium primævum fuiſſe quidem cum ipſo genere homano exortum; ſed hoc loco aliter accipitur, ooo pro eo quod ex ſimplici naturali lumine ratioois omnibus hominibus inſitum eſt, ut pietas erga parentes, Religio, Amot honeſti. &c. ſed pro eo, quod omnes gentes communi uſu recipiunt, eſto ſeriùs ſit introductum, & hoc vocatur *Secundarium*, quod naturalis ratio tandem adhibito diſcurſu, & per varias experieotias

ioducta

inducta conſtituit. Poſt repertum uſum nummorum, nulla gens eſt quæ nummis non utatur, quia ſtatim ejus uſu intellecto, & ſimul perſpectâ ejusdem neceſſitate jam antè declaratâ, naturalis ratio dictat, nummis utendum eſſe loco commutationis: ità ut cuicunque nationi, independenter à praxi alterius nationis, hic uſus incidiſſet, non exſpectato aliorum exemplo facilè amplexura fuiſſet. Vnde fortaſſis provenit, quòd Nummorum primus inventor ignoretur. Nam licèt aliqui Tharem Abrahæ patrem primum fuiſſe putent, qui pecuniam juſſu Regis Nidi fabricaverit, alii Philippo Imperatori tribuant, rejiciuntur tamen à Plinio & aliis.

Cæterùm, etſi Emptionis Contractus dicto modo ſit Iuris gentium, ut tamen hoc in definitione ponatur, nulla planè eſt neceſſitas, cùm ſit Genus valde remotum, & potiùs eſſet ponendum genus proximius, quòd ſit *bonæ fidei*, quamvis nec hoc ſit neceſſe poni, cùm includatur in genere proximo, quòd ſolo conſenſu perficiatur. Vnde alii Iuriſtæ illas particulas Iure omittunt. Boterus ſic definit: *Emptio Venditio eſt Contractus, ſolo conſenſu initus de merce cum pretio nummario commutanda.*

Quòd iſte Contractus ſolo conſenſu perficiatur, habetur in Iure ſæpiùs. pr. Inſt. h. t. *Emptio Venditio contrahitur, ſimul atque de pretio convenerit.* & l. 1. §. 2. ff. h. t. *Eſt autem Emptio Iuris gentium, & ideo conſenſu peragitur, & inter abſentes contrahi poteſt, & per Nuntium, & per Litteras.* Contra hoc

4. Objici poteſt 1. Tamdiu non eſt perfectus Contractus, quamdiu non datur inde actio. Sed ante factam traditionem non datur actio Empti, & Venditi. l. 13. §. 8. *ff. de actionib. Empti.* [Offerri pretium ab Emptore debet, cùm ex empto agitur, & ideo ſi pretii partem offerat, nondum eſt ex empto actio. Venditor enim quaſi pignus retinere poteſt eam rem, quam vendidit.] ℞. Negando Minorem. Verè enim ante traditionem datur actio, ſed quæ exceptione elidi poteſt, ut colligitur ex ultimis verbis allatis, & magis conſtabit ex dicendis. Itaque ideo petenti mercem opponi poteſt exceptio, quia Emptor non offert pretium.

Objici poteſt 2. *Lex 2. C. de periculo, & commodo Rei vend.* ubi dicitur, ante traditionem contractum eſſe imperfectum. ℞. Ideo dici eſſe imperfectum, quia ante menſurationem (quæ etiam abſque traditione fieri poteſt) non conſtat de re certa, quæ vendita ſit, quod tamen eſt de ſubſtantia hujus Contractûs. Lex ità habet. [Cùm convenit, ut ſingulæ amphoræ vini certo pretio veniant, antequam tradatur, imperfecta etiam tunc venditio periculum vini mutati Emptoris, qui moram menſuræ non faciendæ non interpoſuit, non fuit.] Per menſurationem ergo deſignatur, quantùm vendatur, & ſupra quid cadat Contractus & conſenſus, ut dicitur *l. 34. §. 5. ff. h. t.* ubi dicitur, menſuram ideo adhiberi, *ut appareat, quantùm ematur.*

Quomodo Contractus Emptionis, Venditionis ab aliis Contractibus differat, non habet opus ſpeciali explicatione, excepto Contractu Locationis, de cæteris facilè conſtat ex ſingulorum natura, & definitione. In Contractu Locationis eſt aliqua difficultas, de qua ſit

CONTROVERSIA II.

Quomodo differat Contractus Emptionis Venditionis à Contractu Locationis Conductionis.

SUMMARIUM.

Differentia inter Emptionem & Conductionem aſſignata à Molina. 5.
Non eſt ſufficiens. 6.
Differentia aſſignata à Card. Lugo & Arnoldo Rath. 7.
Explicantur jura à P. Molina objecta. eod.
Alia differentia aſſignata ab Arn. Rath. 8.
Pactum de non transferendo dominio vel quaſi, eſt contra ſubſtantiam Emptionis. eod.

Difficulter oſtenditur clara differentia inter hos contractus, quandoquidem (ſi relinquamus differentiam vocalem inter pretium & mercedem, & ſupponamus non tantùm res corporales mobiles & immobiles, ſed etiam Iura, actiones, fructus rei, poſſe vendi) non apparet, quid deſit quominus ſit Contractus Emptionis, quando uſufructuarius alteri locat v. g. uſumfructum, ſeu jus perſonale concedit percipiendi fructus ex fundo in quo ipſe eſt Vſufructuarius, habens jus reale ſervitutis: nam talem utilitatem poteſt alteri & vendere, & locare, & tamen non apparet, quænam ſit in uno vel altero caſu differentia: quia quantum in uno ſolvitur, tantum ſolvitur in altero, & quantum conceditur in uno, conceditur in altero.

Non eſt autem hæc Quæſtio inutilis, etſi videri poſſet eſſe de Vocabulo: nam in Caſu quo contractus non eſt venditio, ſed Locatio, non debetur Gabella impoſita Venditionibus; ergo debet ſubeſſe aliquod reale diſcrimen.

5. P. Ludovicus Molina d. 336. videtur totam differentiam reducere ad hoc, quòd in Venditione interveniat Merx, non in locatione. nam n. 9. ſic ait. Vt diſcernere ſcias, quando celebratur Emptio & Venditio, & quando locatio & conductio, obſerva. Si quis opus pretio alteri conficiat ex materia, quam hic alius illi tribuit, ut tegulas ex materia quam illi præſtet, aut annulos ex auro aut argento, quod illi exhibeat, eſſe locationem conductionem, non ve-

ſo emptionem & venditionem. Si autem pretio opus conficiat ex materia quam artifex ipſe apponat, eſt emptio ac Venditio. Probat ex *l. Convenit. 65. ff. h. t.* [Coovenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio: quod ut faceres, utrum emptio ſit, an locatio. Reſpondit (*Javolenus*) Si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem convenit, emptionem puto eſſe non conductionem: toties enim conductio alicujus rei eſt, quoties materia, in qua aliquid præſtatur, in eodem ſtatu ejuſdem manet. quoties verò & immutatur, & alienatur, emptio magis, quàm locatio intelligi debet.] Ecce! Jureconſultus vult, tunc ſolùm fieri venditionem, quando quis rem aliquam *ſuam* facit alienam, quando verò nulla fit alienatio, ſed præcisè rei uſus conceditur, dominium autem retinetur, vult eſſe Locationem, & quod notatu dignum eſt, ſummarium hujus legis eſt: *Differentia Emptionis, & locationis.* Idem habetur *in l. 2. §. 1. ff. locati.* [Adeò autem familiaritatem aliquam habere videntur Emptio & venditio, item Locatio & conductio, ut in quibusdam quæri ſoleat, utrum Emptio & Venditio ſit, an locatio & conductio. ut ecce! ſi cum aurifice mihi convenit, ut is ex auro ſuo annulos mihi faceret certi ponderis certæque formæ, & acceperit, v. g. trecenta, placet unum eſſe negotium, & magis emptionem & venditionem eſſe. quodſi ego aurum dedero, mercede pro opera conſtituta, dubium non eſt, quin locatio conductio ſit.] Qui textus in Inſtitutiones translatus eſt. § 4. *De loc:* Idem habetur in lege 20. ff. locati. [Sabinus reſpondit, ſi quam rem nobis fieri velimus etiam veluti ſtatuam vel vas aliquod ſeu veſtem, ut nihil aliud, quàm pecuniam daremus, emptionem videri: nec poſſe ullam locationem eſſe, ubi corpus ipſum non detur ab eo, cui id fieret: aliter atque ſi aream darem, ubi inſulam ædificares (mihi) quoniam tunc à me ſubſtantia proficiſcitur.] Quodſi quæras, cur in hoc ultimo caſu, ſi ego quidem aream, artifex verò materiam ædificii præſtat, potiùs ſit Locatio, quàm Emptio, pulchram rationem reddit Molina, quia eo ipſo quòd artifex materiam apponit fabricando domum in alieno ſolo, dominium materiæ tranſit in dominum ſoli, quaſi acceſſorium fabricationi.

6. Hanc Molinæ doctrinam paucis perſtringit Card. de Lugo tanquam inſufficientem, ob rationem dubitandi paulò antè allatam ex caſu, quo Vſusfructus, ſeu potiùs commoditas illius, tam vendi, quàm locari poteſt, & tamen in illo caſu non apparet adducta differentia, quia is qui emit, non fit dominus alicujus corporis quod ad venditorem ſpectabat; nec is qui locat, impendit alienæ materiæ operam ſuam. Cardinalem ſequitur Arnoldus Rath. th. 8. litt. E. nam, inquit, ſicuti mercis nomine hîc non veniunt ſolæ res mobiles, ſed etiam immobiles, jura & actiones quæ pecuniâ æſtimantur: ità quoque in Venditione ſolvi poteſt pretium pro Vſufructu, & mero quandoque uſu, qui proinde etiam merx appellatur, & tam per locationem, quàm per venditionem transferri poteſt. Loquitur autem hîc A. (ſicut & Lugo.) de Venditore Vſufructuario, ut ſe declaraverat litt. C. qui proinde propter Iuris perſonalitatem non plus in Emptorem transferat, quàm in Conductorem, cui Vſusfructus ad vitam fructuarii fuerit locatus.

7 Itaque Card. de Lugo aliud diſcrimen aſſignat, quem ſequitur citatus Iureconſultus. Dicit ergo Lugo, differentiam eſſe hanc: quia per locationem non datur Vſus pro unico pretio, ſed pro penſione ſucceſſivè ſolvenda, quæ non debetur tota ſtatim ab initio, ſed ſucceſſivè, & per partes, prout per partes & ſucceſſivè accipitur vſus. In Emptione verò pactum fit de Vnico pretio, quod ſtatim totum debetur. Vnde oritur alius effectus, quòd in Emptione rei determinatæ, periculum rei venditæ ſtatim pertinet ad Emptorem: quare ſi res abſque venditoris culpa pereat, perit emptori, qui nihilominus ad pretii ſolutionem obligatur. In locatione verò periculum ſemper ſpectat ad locatorem, nec penſio debetur, pereunte re locatâ etiam poſt traditionem, abſque culpa conductoris.

Contra hanc doctrinam replicari poterat, quòd etiam quandoque in Emptione ſolutio pretii fiat ſucceſſivè: vulgò, *Jahrliche Nachfriſten.* Huic replicæ obviat Arnoldus Rath, aſſignando adhuc differentiam *litt. D.* quoniam prima pretii pars, vulgò *Die Angab*, ſtatim cum ipſo traditæ rei implemento ſolvitur, & ſic deinceps partiales ſolutiones, vulgò, *Die Nachfriſten*, in principio cujusque anni pariter præſtantur, ſecùs, quàm in locatione evenit, ipſum conductorem ad penſionis ſolutionem denique in fine cujusque anni obligante. Cæterùm ego non dubito, quin & venditio fieri poſſet eum pacto; ut primùm partiales ſolutiones ad finem cujusque anni fierent. Quare Lugo videtur factæ Replicæ ſufficienter occurriſſe, dum ſubtiliter dixit, quòd in locatione ità debeatur ſolutione per partes, ut attendi debeat proportio cum Vſu ſucceſſivo (quod in Venditione non niſi per accidens fieret) & ideo periculum ſemper etiam traditâ re pertineat ad locatorem non ad Conductorem, qui proinde re pereunte non tenetur ad ulteriores partiales ſolutiones, ſicut Emptor teneretur, ad quem ſpectaret periculum.

Horum DD. doctrina utique ſubtilis eſt, & ſufficiens. Quid autem ad textus à P. Molina reſpondendum eſt? Puto dicendum, in illis legibus non intendi differentiam univerſalem,

ſalem, ſed reſponderi ad caſus particulares, in quibus dubitabatur, nempe quando artifex locat operam non qualemcunque, ſed Effectivam, ut loquuntur Philoſophi, quæ relinquat opus poſt ſe, & tunc diſcrimen locationis ab Emptione eſſe colligendum ex eo, an transferatur ab artifice etiam materiæ dominium (& tunc erit Venditio) an verò ſola opera adhibeatur in materia conductoris, & erit conductio.

8. Citatus IureConſultus ultra differentiam ex Card. Lugo relatam, aliam affert, quam ait *litt. E.* eſſe optimam & Iuridicam, nempe, quòd ſi Venditor eſt dominus, etiam in Emptorem Dominium, ſi quidem de jure poteſt, transferat, aut ſaltèm uſucapiendi conditionem, in locatione verò id agatur, ne dominium, ſed ſolus uſus transferatur. Verùm, contra hoc replicabit aliquis, quia, ut dictum, poteſt ſolus uſus vendi: quo caſu etiam non transfertur dominium: quare, ut hæc differentia ſit univerſalis, erit extendenda ad Quaſi dominiũ, quale transfertur in venditore uſûs, non item in locatione, ſecutâ traditione rei vendæ.

Conſtat ex hactenus dictis, quòd de ſubſtantia hujus Contractûs ſit Intentio ſe obligandi ad transferendum dominium, vel quaſi, quandò in ſe eſt. Vnde inferunt DD. quòd pactum de non transferendo dominio ſit contra ſubſtantiam hujus Contractûs, per legem 80. §. f. ff. h. t. *Nemo poteſt videri eam rem vendidiſſe, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem tranſeat: ſed hoc aut locatio eſt, aut alius genus contractûs.* Ipſa tamen actualis translatio dominii non eſt de ſubſtantia hujus contractûs, quia, ut dicetur, vendi poteſt res aliena, quo caſu certum eſt dominium non transferri, cùm res evinci poſſit, & vindicari à Domino.

CONTROVERSIA III.

Qualis Contractus ſit cenſendus, quando Emptor partim pecuniam, partim rem aliquam loco pretii paciſcitur.

SUMMARIUM.

Exponitur utilitas quæſtionis. 9.
Referuntur variæ ſententiæ. eod.
Opinio Card. de Lugo. 10. *& ſeqq.*

9. Vtilitas quæſtionis eſt aperta: nam alios effectus parit Contractus Emptionis, quàm Permutationis, aut Innominatus, *Do ut des.* in his, non item in illo eſt pœnitentiæ locus, & res tradita poteſt repeti, altero non implente contractum, res autem vendita & tradita non poteſt repeti, ſed ſolùm agi ad hoc ut emptor impleat contractum ſolutione pretii. Taceo alios effectus, v. g. de Iure Retractûs, quod in Venditione locum habet, non item in Permutatione. Item quòd Venditioni imponantur Gabellæ, &c. Quæritur ergo, ſi contrahant duo ità, ut v. g. Petrus ſit obligatus dare domum, Paulus autem pro domo debeat ſolvere 100. fl. & 100. Modios tritici, &c. an ſit Contractus Emptionis (eò quòd pactum circa nummos tanquam pretium verſetur) vel Permutationis, eò quòd res pro re tradenda veniat) vel partim Emptio, partim permutatio. Poteſt autem vel eſſe inæqualitas valoris inter pecuniam, & rem loco pretii tradendam, v. g. inter nummos & triticum, vel æqualitas. Si inæqualitas, vel excedit valore pecunia, & quidem notabiliter, vel triticum.

Prima, & valde communis eſt ſententia Bartoli *in l. Ariſto. n. 2. ff. de donat. & in l. 34 ff. h. t. & in l. 1. ff. de rer. permut.* Eſſe imprimis inſpiciendam intentionem contrahentium, quæ præſumetur talis fuiſſe, qualem verba quibus contraxerunt, ſignificant. v. g. ſi uſi ſunt vocabulo Venditionis, erit præſumenda intentio vendendi, & erit Venditio; econtra erit Permutatio, ſi hoc vocabulo uſi fuerint. Nam licèt, ſecundùm vulgaria, non debeat attendi nomen à contrahentibus impoſitum, hoc tamen ſolùm procedit, quando modus loquendi repugnat naturæ conventionis, v. g. ſi quis diceret: *Vendo tibi equum pro bove:* eſſet Permutatio. quia Venditionis natura requirit pecuniam. Atqui in noſtro caſu intervenit aliqua pecunia. Ergo modus loquendi non repugnat conventioni. Quodſi verò partes contrahentes non exprimunt unum potiùs, quàm alium contractum, tunc volunt DD. communiter, inſpiciendum eſſe, an ſit inæqualitas notabilis, inter valorem pecuniæ, & rei, v. g. tritici loco pretii ſolvendi, vel econtra, ſi excedit pecunia erit Emptio, ſi res, erit Permutatio.

Quodſi non eſt notabilis exceſſus alterutrius, nec conſtat de partium intentione, tunc DD. magis variant. Aliqui volunt, eſſe venditionem; alii, iique plures volunt, in hoc dubio eſſe Permutationem, vel Contractum Innominatum. Media inter hos eſt ſententia, docens eſſe contractum Mixtum, ſeu duplicem, partim Emptionem, partim Permutationem. Ità Alciatus, quem cum aliis ſequitur P. Molina, & Lugo.

10. Card. de Lugo tamen addit, in tali caſu eſſe in arbitrio contrahentium, an velint facere contractum totalem venditionis, etiamſi major pars pretii ſit res aliqua, an verò duplicem venditionem celebrare: v. g. ſi quis det fundum valentem 1000. pro domo, & 100. aureis: unam ſcilicet, quâ vendatur fundus pro 1100 aureis, alteram verò, quâ emptor fundi vendat domum pro mille aureis, ex ijs quos debet pro fundo, quo caſu quia duplex venditio eſt, duplicem etiam

Gabellam,

Digitized by Google

Gabellam, unam ex venditione fundi, alteram ex venditione domûs deberi exiſtimat Lugo ſ.1.n.7.

Hanc doctrinam improbat Arnoldus Rath ex eo capite, quòd licèt vera venditio fundi in propoſito caſu dici queat, non tamen ſimiliter dici poſſit vera ipſius domûs venditio propterea interveniſſe, quòd pro ea ex altera parte nullum pretium in pecunia numerata interceſſerit.

11. Addo ego, quòd ſi hoc modo pro libitu agere poſſent contrahentes, manifeſtè ſequeretur, quòd omnem permutationis ſpeciem poſſent convertere in Emptionem Venditionem, nempe, qui permutaret bovem cum equo, diceret, ſe vendere illi bovem 30. & pro illis 30. debitis emere equum. Sequela autem non eſt conſonanca legibus. Nam licèt hoc aliqui, ut Sabinus & Caſſius, putaverint, contraria ſententia prævaluit. l. 1. §. 1. ff. h. t. [Sed, an ſine nummis venditio dici hodieque poſſit, dubitatur. veluti ſi ego togam dedi, ut tunicam acciperem, Sabinus & Caſſius eſſe Emptionem Venditionem putant. Nerva & Proculus permutationem non emptionem hoc eſſe] & paulò pòſt. [Sed verior eſt Nervæ & Proculi ſententia : nam ut aliud eſt vendere, aliud emere, alius emptor alius venditor: ſic aliud eſt pretium, aliud merx, quod in permutatione diſcerni non poteſt, uter Emptor, uter venditor ſit.] Atqui ſecundùm ſpeculationem Lugonis, uterque eſſet Emptor, Vterque Venditor. Quod videtur eſſe contra ſenſum legis, quæ non debet eludi poſſe per diverſos reſpectus. Addo ulteriùs, quòd in tali caſu potiùs eſſet novatio, quatenus debitum pecuniarium mutaretur in debitum domûs, ut dixi *tr.* 8. *n.* 150.

12. Fortaſſè Card. de Lugo aliud non voluit, quàm quod habetur in lege 1. *C. de Rerum Permutatione*, nempe, quòd talis Contractus ſit quidem reipsâ Permutatio, ex quo detur actio *præſcriptis verbis.* nihilominus tamen talem contractum lege Emptionis teneri, quam ſibi contrahentes imponere, & naturæ permutationis in hoc derogantes, tam Pænitentiæ facultatem, quàm re evictâ condictionem *ob cauſſam datam non ſecutam* ſibi adimere potuerunt, ut ſola perſecutio ad exemplum actionis *ex empto*, quanti intereſt accipientis, rem non fuiſſe evictam, locum habeat, & quidquid inter contrahentes litis oriretur, ex lege Emptionis definiri oporteat. Lex ita habet. [Si, cùm patruus tuus venalem poſſeſſionem haberet, pater tuus pretii nomine (licèt non taxatâ quantitate) aliam poſſeſſionem dedit, idque quod comparavit, non injuriâ judicis, nec patris tui culpâ evictum eſt: ad exemplum NB. ex empto actionis non immeritò id quod tuâ intereſt, ſi in patris jura ſucceſſiſti, conſequi deſideras. At enim, ſi cùm venalis poſſeſſio non eſſet, permutatio facta eſt, idque quod ab adverſario præſtitum eſt, evictum eſt: quod datum eſt, ſi hoc elegeris, cum ratione reſtitui poſtulabis.] Ex qua lege clarum fit, voluntatem vendendi in tali caſu non impedire, quò minùs ſit Permutatio, ſed tamen operari quosdam Venditionis effectus, quos habet in caſu evictionis. Porrò quòd ex tali contractu detur actio Præſcriptis verbis (quæ eſt propria Permutationis) pro agentis arbitrio, vel ad implementum contractûs, vel ad rei datæ repetitionem competens, habetur *l.* 5. §. 1. *ff. de Præſcript. verb.* ibi. [dubium non eſt naſci civilem obligationem : in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, ſed ut damneris mihi quanti intereſt meâ illud de quo convenit, accipere ; vel ſi meum recipere velim, repetatur quod datum eſt, quaſi ob rem datam, re non ſecutâ.] Idem habetur in lege 4. 6. *& ult. C. de rerum permutatione.* quas referam, quando de Permutationis contractu agam.

CONTROVERSIA IV.

Quandonam cenſeatur Emptio Venditio celebrata in ſcriptis, & non ſolo conſenſu perfecta.

SUMMARIUM.

Emptio quandoque celebratur interventu ſcripturæ. 13.

Quando intentio contrahentium alligatur ſcripturæ, non perficitur ſolo conſenſu. 14.

Quando talis alligatio non exprimitur, præſumitur ſcriptura ſolùm requiri ad probationem. 15.

13. TAmetſi de Natura hujus contractûs non ſit ſcriptura, eò quòd ſolo conſenſu perficiatur, aliquando tamen intervenit Scriptura, ſeu Inſtrumentum Venditionis legitimè confectum, vel ab ipſis contrahentibus, vel ab aliis, & à contrahentibus ſubſcriptum. Vnde dubium eſſe poteſt, utrum contractus ille ante confectionem ſcripturæ poſſit cenſeri perfectus, ità ut pariat effectus Emptionis, etiamſi ſcriptura non ſequatur, vel antequam ea perficiatur, & debeantur Gabellæ impoſitæ Emptioni. Et quidem hodiernis moribus, quando bona immobilia venduntur, ſolet Inſtrumentum confici ſecundùm *l. un.* §. 2. *C. de ſuffragio. Quodſi prædia ruſtica vel urbana placitum continebit ſcriptura, quæ ea in alium transferat, emittatur, ſequatur & traditio corporalis, & rem fuiſſe completam, geſta teſtentur : aliter enim ad novum dominum tranſire non poſſunt.* Quando verò venduntur res mobiles, non ſolet fieri ſcriptura, niſi fortè dilatâ ſolutione, aut mercis traditione, in quo Conſuetudo varia eſt.

14. Dicendum eſt. 1. Si contrahentes expreſsè alligent Contractum Emptionis ſcripturæ,

ritæ, ità ut expreſsè nolint eum valere ante ſcripturam confectam & approbatam, non perficitur contractus per talem antecedentem conſenſum, neque inde naſcitur ulla obligatio. De hujusmodi contractu loquitur Imperator pr. Inſt. h. t. ibi. [In iis autem quæ ſcripturâ conficiuntur, non aliter eſſe perfectam Venditionem & Emptionem conſtituimus, niſi & inſtrumenta Emptionis fuerint conſcripta vel manu propriâ contrahentium, vel ab alio quidem ſcripta, à contrahentibus autem ſubſcripta: & ſi per tabellionem ſunt, niſi & completionem acceperint, & fuerint partibus abſoluta. Donec enim NB. aliquid deeſt ex his, pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœna recedere ab Emptione & Venditione.] Quæ omnia adhuc copioſiùs dicuntur in lege 17. C. *de fide Inſtrum.* Ratio eſt manifeſta, quia intentio eſt conditionata & ſuſpenſiva obligationis: neque tales volunt ſe nunc obligare in illud tempus quo abſolvatur inſtrumentum, ſed volunt obligari, ſi inſtrumentum confectum fuerit. Hinc dicunt Juriſtæ, Venditionem dici fieri in ſcriptis, non quando jam perfecta in ſcripturam redigitur, ſed cùm à principio hoc actum eſt, ut ſcripto comprehendatur. Porrò licèt DD. poſt Bartolum communiter teneant, quòd Emptionis inſtrumentum in Judicio non probet contra negantem ſe vendidiſſe, ſi pretium in eo non fuerit expreſſum, ſed ſolùm probet contra alium tertiũ, ut eſplicat Maſcardus *vol. 3. concl.* 1401. *n. 8. & ſeqq.* notat tamen Harpprecht, ex generali conſuetudine Germaniæ fidem facere inſtrumenta, in quibus pretii & numerationis in genere tantùm fit mentio, non tantùm contra tertium ad probandum titulum, ſed etiam contra ipſum venditorem, & ejus hæredem, ut agi poſſit ad rei venditæ traditionem.

Dubium eſt, in caſu quo non expreſsè declarârunt intentionem ſuſpenſivam obligationis, ſed ſolùm dixerunt, ſe velle habere inſtrumentum publicum de ſuo contractu, quid in tali caſu præſumendum ſit? Paulus Caſtrenſis *in cit. l.* 17. *C. de fide Inſtr.* item Toloſanus *Syntag. lib.* 25. c. 17. Duarenus *de fide Inſtrum.* c. 4. volunt præſumendam eſſe intentionem ſuſpenſivam.

15. DICENDUM tamen eſt cum communiore Juriſtarum, quos refert, & ſequitur Ferd. Vaſq. *lib.* 1. *Contr.* c. 28. Thuſcus *v. Contractus concl.* 99. potiùs præſumi intentionem, quâ ſcriptura ſolùm requiratur ad probationem, & majorem ſecuritatem. Ratio eſt, quia cenſentur velle contrahere ſecundùm naturam contractûs. atqui Contractus Emptionis eſt talis naturæ, ut ſolo conſenſu perficiatur, niſi aliud declaretur. Præterea ſolent ſecundùm Jura confici inſtrumenta ſolùm ad probationem. Ità de conſtitutione hypothecæ dicitur in lege 4. ff. de pignorib. ibi. [Fiunt enim de his ſcripturæ, ut quod actum eſt, per eas faciliùs probari poterit: & ſine his autem valet, quod actum eſt, ſi habeat probationem: ſicut & nuptiæ ſunt, licèt teſtationes in ſcriptis habitæ non ſunt.] quæ eadem verba repetuntur in *l.* 4. *ff. de fide Inſtrum.* & *l.* 12. *C. de probat.* dicitur. *Cùm res non inſtrumentis geruntur, ſed in hac rei geſtæ teſtimonium conferatur: factam emptionem, &c.*

CONTROVERSIA V.

Vtrum Venditor obligetur præciſè, & determinatè ad tradendam mercem, vel ſolùm ſub disjunctione, vel ad tradendam mercem, vel ad ſolvendum intereſſe, quo ſoluto liberetur.

SUMMARIUM.

VEnditor non liberatur ſolutione æſtimationis, ſed tenetur mercem tradere. 16. *& ſeqq.*
Intellectus legis 1. pr. ff. de act. empti. 18.
Intellectus legis 22. ff. de rebus creditis. 19.
Intellectus legis 25. §. 1. ff. de contrah. empt. 20.
Intellectus legis 12. ff. de actionib. empti. *eod.*
Obligatio Faciendi *quandonam tollatur præſtatione æſtimationis.* 21.

QUæſtionem hanc apud Jureconſultos admodum celebrem, non invenio tractatam à Theologis, qui videntur tanquam certum ſupponere, quòd Venditor determinatè obligetur ad mercem tradendam. Eandem & ego ſuppoſui *to.* 1. *tr.* 2. & alibi: quamvis in tract. feudali occaſione alicujus objectionis contrariam ſententiam adverſariis tranſmiſerim, ipſam verò reſolutionem ad hunc locum, quò pertinet, reſervaverim.

Prima Opinio eſt, poſſe Venditorem liberari ſolvendo intereſſe Emptori. Hanc ſententiam vel tradunt, vel ſupponunt multi Juriſtæ, quos ſequuntur Fachineus *l.* 2. c. 30. Bacchovius, & Hunnius *in Treutlerum.* eandem ſupponit Mynſinger *cent.* 1. *obſerv.* 53.

16. Secunda Opinio communior & verior ait, Venditorem teneri præciſè ad traditionem rei venditæ: ſi ejus tradendæ poteſtatem habet. Ità innumerabilibus relatis tenet accuratus Harpprecht, quibus addo VVilhelmum Ludwel §. 1. *Inſt. n.* 4. & Sebaſtianum Krayſſerum, *in ſuis Inſt. Romano Bavaricis n.* 9. & Jo: VVurmſerum *lib.* 3. *nucl. Contr. tit.* 24. *contr.* 3. & Ant. Perez *in C. h. t. n.* 14. Arnoldum Rath, *de Contr. Empt. th.* 57. & ex Theol. *Palao d.* 5. *p.* 13. Adeo ut ex plurium Juriſtarum opinione (quos refert Fach. c. 31) ne quidem ſufficeret, ſi Venditor vellet ſe conſtituere poſſeſſorem nomine Empto-

ris

tis. *ob legem 11. §. 2. ff. de act. empti.* eandem tenet Cævallos *q. 459.* Eandem tenet Ius Bavaricum *L. R. tit. 6. a. 3.*

Probatur 1. Eo modo obligatur ad rem tradendam Venditor, quo modo ad rem donatam donator: ſed donator obligatur præciſè ad tradẽdam, nec liberati poteſt ſolvendo intereſſe. Ergo. Major & Minor habetur §. 2. *Inſt. de donat.* ibi. [Et ad exemplum Venditionis noſtra conſtitutio eas (donationes) etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis voluit: ut etiam ſi non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectum robur, & traditionis neceſſitas incumbat donatori.] Reſpondet Fachineus & alii, ex aliis legibus colligi, quòd in hujusmodi textibus ſubintelligendum ſit: *vel ad ſolvendum intereſſe ſi malit.* quod an verùm ſit, in ſolutione objectionum videbimus.

Minor argumenti confirmatur ex lege 35. §. fin. *C. de donat.* ibi. [Neceſſarius traditionis effectus ſequatur, & neceſſitatem habeat donator omnimodo vel res, vel partem ſubſtantiæ, quam nominaverit, vel totam ſubſtantiam tradere.] Vnde benè argumentatur Harpprecht. Si à donatore tam præciſè exigitur traditio rei donatæ, cui tamen alioquin magis, quàm Venditori ſubvenitur, nempe, quia non tenetur de evictione, ſicut tenetur venditor, utique multò magis à venditore exigi debet traditio rei venditæ utpote qui pretium conſequitur.

Probatur 2. ex lege 11. §. 2. ff. de actionib. Empti. *Et imprimis ipſam rem præſtare venditorem oportet, id eſt tradere.* ubi planè illa particula, *Ipſam*: ad hoc addita videtur, ut excluderetur omnis alius modus ſe liberandi. Quò etiam facit particula *Omnimodo* in §. J. h. t. ibi. *Omni modo & pretium perſolvatur, & res tradatur.* Si res omni modo tradenda eſt: ergo nullo alio modo ſatisfiet: quis enim ferat dicentem eum, qui non rem, ſed intereſſe vult ſolvere, aut ſolvit: ſe omni modo rem tradidiſſe. cùm potiùs contraria ſit vera propoſitio: *nullo modo rem tradam, ſed* intereſſe. Ibidem dicitur: *Venditio ad effectum deducatur.* atqui reſiliendo & pœnitendo, ac intereſſe ſolvendo loco rei, non deducitur Venditio ad effectum, ut patet.

Probatur 3. ex lege 78. §. 1. *ff. h. t.* ubi tutor filii, à cujus patre priùs emerat fundum, habet poteſtatem poſſidendi fundum. Ergo ſupponitur defunctus fuiſſe determinatè obligatus ad fundum tradendum: alioquin tutor deberet pupilli res ità adminiſtrare, ut, ſi expediret illi potiùs præſtari intereſſe, quàm tradi fundum tutori, illud non hoc tutori concedendum eſſet. Textus ſic habet. [Fundum ab eo emiſti, cujus filii poſtea tutelam adminiſtrans nequaquam accepiſti poſſeſſionem: dixi, tradere te tibi poſſeſſionem hoc modo poſſe, ut pupillus & familia ejus decedat de fundo; tunc demum tu ingrediaris poſſeſſionem.]

17. Probatur 3. (quo argumento maximè moveor) Si liberum eſſet venditori, ante rei traditionem reſilire, & ſolvere intereſſe, tunc absque ulla culpa, tam Theologica quàm civili, poſſet rem alteri vendere, & tradere, transferendo in illum dominium: imò ſi venderet ſecundo, etiamſi non traderet, utraque venditio valeret, quia utrique poſſet ſatisfacere, ſolvendo uni intereſſe, rem alteri tradendo, imò neutri tradendo, ſed utrique ſolvendo intereſſe: hoc autem eſt contra ſenſum omnium, nec credo adverſarios admittere: ſicut abſurdum eſſet dicere, poſſe ſponſam poſt ſponſalia cum uno contracta validè contrahere ſecunda ſponſalia cum alio, & etiam ſine peccato cum ſecundo matrimonium, ſi priori velit præſtare intereſſe, quod eſt contra omnes Theologos. Deinde repugnat lex 21. *ff. ad L. Corn. de falſiſ. Qui duobus in ſolidum eandem rem diverſis contractibus vendidit, pœnâ falſi coërcetur.* Hoc argumentum nec refert, nec ſolvit Hunnius, qui cæteroquin decem argumenta ſolvere conatus eſt.

Probatur 4. Manifeſtè iniquum eſt, poſſe Venditorem cogere Emptorem ad probandum *Intereſſe*: quod eſt difficillimæ probationis. atqui in ſententia adverſariorum hoc poſſet, quia poſſet nolle rem tradere, ſed velle ſolvere intereſſe, & negare, quòd interſit Emptoris, rem tradi, donec hoc ille probet. Non minùs iniquum eſt, quòd adverſarii tribuant venditori poteſtatem reſiliendi, ſolvendo intereſſe, & tamen Emptorem obligent determinatè ad ſolvendum pretiũ, ſi venditor offerat mercem & exigat pretium: cur enim non & Emptor poſſit ſe liberare ſolvendo intereſſe? atqui non poteſt: quia Venditori competit actio venditi ad pretium exigendum.

Probatur 5. Qui rem alienam vendidit, & antequam traderet, hæres exiſtit illius, cujus eſt res vendita, cogitur præciſè ſervare contractum, & implere venditionem, ad quod tamen non teneretur, ſed ſolùm ad intereſſe, ſicut ſi non fieret dominus illius rei: argumento legis 46. ff. de act. empt. *Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore hæres Domino rei exſtiterit, cogetur implere venditionem.* Ergo ſupponitur in hac lege, quòd dominium rei venditæ fundet obligationem tradendi rem ipſam.

Probatur 6. Per argumentum à ſenſu contrario, (quod in Iure fortiſſimum eſt, niſi contrariis legibus elidatur) ex lege 68. §. *f. ff. h. t.* [Nec videtur abeſſe (dolus) ſi per eum (venditorem) factum eſt, aut fiet, quominus fundum emptor poſſideat. erit ergo ex empto actio, non ut venditor vacuam poſſeſſionem tradat, cùm multis modis accidere poterit, ne tradere poſſit; ſed ut, ſi quid dolo malo fecit, aut facit, dolus malus ejus æſtimaretur.] Ex quo textu duplex argumentum fieri poteſt. Primum ſic. Id quod dolo fit, jure non fit. ſed ſi venditor ſolveret intereſſe loco traditionis rei, dolo hoc faceret: ergo

non

non ſit jure. Minor probatur. Venditor dolo facit, ſi facit quominus emptor fundum poſſideat: atqui ſolvendo intereſſe & non tradendo, facit, ne Emptor fundum emptum poſſideat: ergo dolo facit. Major eſt in lege. Minor eſt adverſariorum, & ex ſe evidens. Secundum argumentum eſt à ſenſu contrario, hoc modo. Ideo Venditoris nolentis rem tradere dolus æſtimatur, quia rem tradere non poteſt ex accidenti: ergo ſi poteſtatem habet rem tradendi, tradere cogi poteſt. Nunc fundamenta contrariæ ſententiæ videamus.

18. Objiciunt 1. Legem 1. *pr. ff. de act. empt. Si res vendita non tradatur, in id quod intereſt agitur, hoc eſt, quod rem habere intereſt Emptoris.* ℞. 1. Hanc legem poſſe imprimis intelligi de caſu quo res vendita ampliùs tradi non poteſt: nam etiam de eo quod tradi non poteſt, verum eſt dicere, quòd non tradatur. ſicut enim valet conſequentia ab actu ad potentiam, ità econtra valet conſequentia ab impotentia ad negationem actûs. Ergo quando Venditor fuit in mora tradendi, & ſic factum eſt, ut non ampliùs tradere poſſit, v. g. quia res interiit, quia interea alteri vendidit & tradidit, quia evicta eſt, &c. tunc hac lege conceditur actio *ex empto* ad intereſſe, & hic ſenſus colligitur ea ſequentibus verbis. *Hoc autem* (intereſſe) *interdum pretium egreditur, ſi pluris intereſt, quàm res valet, vel empta eſt.* Certè hoc ſignum eſt, Venditorem non habere ampliùs poteſtatem tradendi rem, alioquin utique eam potiùs traderet, quàm ſolveret intereſſe excedens pretium rei.

℞. 2. Eandem legem poſſe intelligi, quòd in favorem Emptoris ſtatuat, ut poſtquam Venditor eſt in mora tradendi, ipſe eligat, an velit agere ad intereſſe, vel ad rem tradendam. Imò concedi videtur, quòd poſſit agere ad intereſſe, ratione damni, quod ea mora paſſus eſt, eâdem actione, quâ agitur ad traditionem rei. Conſentit his lex 10. *C. de act. Empti. Cùm venditorem carnis fide conventionis ruptâ tempore placito hanc non exhibuiſſe proponas, ex empto actione eum quanti intereſt tuâ, ſi tunc præſtita fuiſſet, apud Præſidem Provinciæ convenire potes.*

Inſuper explicatio tradita clariſſimè colligitur, & Concluſio noſtra firmatur ea lege 6. C. de Hæredit. & act. vendita. ubi expreſsè dicitur, quòd qui rem venditam alteri vendit & tradit, fidem frangat, & ideo ad intereſſe teneatur. ſed ſanè, ut ſuprà dictum, fidem non frangeret, ſi ipſi liberum de Iure eſſet, loco rei ſolvere intereſſe. [Qui tibi hæreditatem vendidit, antequam res hæreditarias traderet, Dominus earum perſeveravit, & ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam NB. Contractûs fidem fregit, ex empto actione conventus, quanti tuâ intereſt, præſtare cogetur.]

Eodem modo intelligendæ ſunt aliæ leges, quas adverſarii pro ſe adducunt, & ideo non conſtituunt ſpecialem objectionem. Lege 11. §. 9. ff. de act. empti. dicitur. *Non tradentem, quanti intereſt, condemnari.* Colligitur ex verbis præcedentibus *& ex empto actionem eſſe, ut habere licere emptori caveatur: ſed & NB. ut tradatur ei poſſeſſio.* Item quod dicitur lege 17. *C. de fide inſtrum.* ibi. [Adeo ut nec illud in ejusmodi venditionibus liceat dicere, quòd pretio ſtatuto neceſſitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod Emptoris intereſt, perſolvere.]

19. Objiciunt. 2. ex lege 22. *ff. de rebus creditis.* ubi cùm pro vino mutuò dato æſtimatio ſolvatur, quod eſt aliud pro alio ſolvere, inferunt adverſarii; quòd præſtatio *intereſſe* etiam venditorem liberet. Negatur illatum. In caſu legis debitor in morâ erat, unde factum eſt, ut vinum ejusdem bonitatis non ampliùs reperiretur: quid ergo mirum, quòd ad æſtimationem deveniendum fuerit. Lex ità habet [Vinum, quod mutuum datum erat, per judicem petitum eſt: quæſitum eſt, cujus temporis æſtimatio fieret: utrùm cùm datum eſſet, an cùm litem conteſtatus fuiſſet, an cùm res judicaretur? Sabinus reſpondit, ſi dictum eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet.]

Huc facit contra adverſarios *lex 4. C. de act. Empti* ut mirum ſit, eam pro ſe ab ipſis adduci. [Si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum NB. procaciâ venditoris non fiat: quanti intereſſe compleri emptionem fuerit arbitratus præſes provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.] Nempe, quia intereſt Emptoris, ſolvi ſibi intereſſe (quod fortè valorem rei excurrit) quàm rem venditam tradi, cujus fortè utilitas poſt moram ceſſavit.

20. Objiciunt. 3. ex lege 25. §. 1. *ff. h. t. Qui vendidit, neceſſe non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum ſtipulanti ſpopondit* ℞. Sermonem eſſe de fundo alieno vendito, quem quidem venditor tradere tenetur, ſed ſi evincatur, non tenetur eum comparare & tradere ac transferre dominium, ſed tenetur ſolùm ad intereſſe, ut dicetur infrà cùm agetur de Evictione. Huc facit lex 60. *ff. de Evictionibus.* [Si in venditione dictum non ſit, quantùm venditorem pro evictione præſtare oporteat; nihil venditor præſtabit præter ſimplum, evictionis nomine: & ex naturâ ex empto actionis hoc, quod intereſt.]

Objiciunt 4. ex lege. 12. *ff. de act. Empti. Si jactum retis emero, & captos piſces piſcator noluit tradere, ad æſtimationem rei agendum.* Reſpondent aliqui, hic agi de Obligatione *faciendi*; ubi promittens ſolùm ſub disjunctione tenetur. Non utor hac reſponſione, tum quia, agens de ſtipulatione n. 45. contrarium probabilius judicavi, tum etiam hoc permiſſo ob communem auctoritatem, quia, ut benè urget Fachineus,

ebineus, piſces principaliter conſiderati fuerunt. Aliter ergo reſpondet Harpprecht, quòd Emptor piſcium extractorum traditionem non admodum urſerit, ſed eos piſcatori tradere recuſanti ultro relinquens, æſtimationem eorum ſibi magis prodeſſe cenſuerit. Difficilis & divinatoria reſponſio, cui reſiſtit ultimum vocabulum: *agendum*. Aliter reſpondeo, hic non dici, eſſe agendum ad *Intereſſe*, ſed ad æſtimationem piſcium, in eum eventum, ut ſi piſces ob moram traditionis perirent aut deteriorarentur, piſcator æſtimationem præſtare deberet. Per quod non negatur, quòd piſcator reverâ fuerit obligatus tradere piſces.

21. Objiciunt. 5. Obligatio tradendi eſt, obligatio facti ſeu faciendi. atqui obligatus aliquid facere, liberatur præſtando intereſſe. Ergo &c. *R*. Ex ibidem dictis conſtare, minorem ad ſummum procedere, quando ultimò & principaliter intenditur factum tanquam finis, v. g. opera alterius in ædificando, &c. Non verò quando factum intenditur ut medium ad transferendum dominium, quod principaliter & ultimò intenditur, ubi ipſum factum non habet in ſe propriam æſtimationem: qualis eſt traditio rei debitæ ex vendito: quod vel inde patet, quia ſi Venditor rem quidem traderet, ſed non animo transferendi dominium, non liberaretur: itaque hoc factum requirens intentionem transferendi dominium, non eſt ſimile aliis factis, ut ſunt operæ, quæ ſuam æſtimationem habent, ex quacunque intentione procedant. Vnde etiam fit, quòd venditor poſſit complere venditionem abſque ullo proprio facto, ſi Emptorem permittat rem propriis manibus auferre, ut fit in emptionibus rerum mobilium. Hanc reſponſionem meam videtur reipſâ approbare Arnoldus Rath. l. c. à n. 12. negans objectionem factam urgere in illis actionibus quæ rem ipſam reſpiciunt, ac à quibuſdam Prægnantes dicuntur, atque in re tradenda conſiſtunt, nec nuda facta ſunt, ſed *cauſſam bonorum*, ſive facultatem percipiendi fructus continent: unde ſi debitor contumax ſit, à Iudice poſſunt ſuppleri. Etenim (inquit ulteriùs) in obligatione *fundum tradi*: duo poſſunt conſiderari: fundus ipſe, quem Emptor abſque dubio principaliter intendit habere, parùm ſollicitus de modo, & factum tradendi in conſequentiam conſiderando, ut proinde cùm res aliqua tradenda eſt, non tam illud agatur, ut præcisè illius debitoris vel alterius tradentis factum interveniat, quàm potiùs intendatur effectus traditionis. Quod autem Ant. Faber pro ſe ſupponit, quòd Magiſtratus invito venditore non poſſit transferre dominium, auferendo rem à venditore, & tradendo emptori, eſt planè erroneum, ut patet ex dictis de legibus & alibi. Ineptè autem Faber adducit textum *pr. Inſt. de bonor. poſſ.* ubi dicitur, non poſſe Prætorem aliquem dominum facere: ſenſus enim eſt, quòd Prætor non poſſit inducere novam cauſam ex qua dominium transferatur (nam hæc eſt, legiſlatoris poteſtas) atqui noſtra quæſtio ſupponit cauſam ſufficientem transferendi dominium.

CONTROVERSIA VI.

Qualiter conſenſus debeat eſſe præſens, & ſufficienter per verba expreſſus.

SUMMARIUM.

Requiritur conſenſus de præſenti, qui non ſit mera promiſſio de vendendo. 22.

An per verba: Volo vendere: *idem ſignificetur, quod per verbum.* Vendam. 23.

Aliquando ipſa traditio complet promiſſionem vendendi. 24. 25.

QVoad Conſenſum multa hîc aliqui diſputant, quæ nos in tractam 8. de Contractibus in genere expedivimus, v. g. quòd debeat abeſſe error, dolus, metus, & quouſque, ac quando per hujusmodi vitietur contractus. Hæc enim generalia ſunt etiam pro aliis contractibus.

22. In Contractu Emptionis debere conſenſum eſſe præſentem hoc ſenſu, ut non ſit mera promiſſio de vendendo, conſtat apud omnes. Sanè ex tali pacto non naſcuntur actiones Empti & Venditi, quia tale pactum non eſt ipſa conventio conſtituens Emptionem, ſed eſt reflexa quædam obligatio celebrandi contractum, qui eſt objectum illius promiſſionis, quæ ſolet exprimi per futurum, *Vendam*: ſicut ſponſalia ſunt promiſſio Matrimonii, non autem ipſum matrimonium. Quare ſi Pactum ſit nudum, nullam pariet actionem ſaltèm Civilem, an autem Prætoriam? dixi & reſpondi negativè contra VVadingum *tract.* 8. *c.* 1. Quodſi ſtipulatio acceſſit, aut aliunde illud pactum veſtitum fuit, pariet actionem ex ſtipulatu, vel illius contractûs cui adjectum eſt, ut loco citato pluribus eſt explicatum.

23. Quærunt hîc Interpretes, an ſit nuda promiſſio reflexa reſpiciens contractum futurum, ſi non quidem dicatur: *Vendam*: ſed: *Volo vendere*: *Volo emere*. Affirmat Nicolaus Mozzius *de Empt. vend.* Alii tamen DD. communiter volunt, illa verba potiùs ſignificare contractum de præſenti & abſolutum ac perfectum, non minùs quàm fiat per verbum; *Vendo*. Et imprimis quod attinet Germanicum Idioma & modum loquendi in iſtis contractibus, optimè advertit Collegium Argentoratenſe *n.* 31. *h. t.* vix aliis verbis in Germania hunc contractum celebrari, quàm: *Ich will es alſo kauffen. Ich will*

es

es alſo annemmen. Jch vvill es Dier alſo verkauffen. Jch vvill es alſo laſſen. Et hoc confirmatur ex formula, quâ ſolent contrahentes Matrimonium coram Parocho interrogati, & reſpondere verbo: *Volo.* quo ſignificant contractum de præſenti.

De Iure communi etiam probatur ab Accurſio. Nam his verbis legatum & fideicommiſſum relinqui poſſunt, ergo & emptio contrahi poteſt. Conſequentiam negat Mozzius, ſed nullam diverſitatis rationem affert, nec legem aliud in uno quàm in alio ſtatuentem. Antecedens probat Accurſius ex §. *fin. Inſt. de ſing. rebus per fideicom. relictis.* Sed reverâ textus ad rem non facit. nam ibi *Volo*, dirigitur ad hæredem fiduciarium, & idem eſt, quod, *Rogo.*

Meliùs probatur aſſertio ex eo, quòd ad contrahendam Emptionem & venditionem plus non requiratur, quàm conſenſus & conventio in mercem & in pretium: atqui per verba iſta: *Volo ſic emere: vendere*: ſufficienter exprimitur conventio in pretium & mercem. Ergo ex proprietate verborum judicandum eſt pro valore contractûs.

Objicit Mozzius. Velle profiteri in Religione, non eſt profiteri: ſicut velle aſcendere in arborem, non eſt aſcendere. Ergo etiam velle emere non eſt emere. ℞. Negando paritatem. Nam profiteri, & aſcendere arborem, ſunt actiones externæ, *velle* autem eſt actus internus voluntatis: econtra & *velle & emere* ſunt actus interni voluntatis: qui ſi ſint realiter diſtincti, tunc equidem *velle emere* non eſt *emere*, ſed quia ambæ ſunt actus voluntatis, poteſt dari unus actus utrique æquivalens, & exprimi per verba, *volo emere*: & talem actum dico eſſe veriſſimam emptionem, & communiter ſignificari per illa vocabula.

24. Majus dubium eſt de eo, qui vendere promiſit, deinde accepto pretio rem tradidit, nullâ tamen declaratâ voluntate, defacto vendendi, an transferat dominium rei titulo venditionis, ità ut reverâ ſit completa venditio. Negavit Jaſon. Affirmat Socinus, quem ſequitur Fachineus *l. 2. c. 5.* & Arnoldus Rath *th. 7. de contr. Empt. n. 8.* (potiùs ſupponens, quàm controvertens) & alii apud Fachineum, qui concluſionem benè, & ut ipſe ſit, evidenter probat. Nam ex ipſis factis manifeſtum fit, adeſſe conſenſum de præſenti: facta enim non minùs, quàm verba poſſunt mentem explicare, alioquin muti non poſſent contrahere, nec celebrare Matrimonium.

25. Objicit Jaſon. Promiſſio non eſt venditio, & ideo per eam non transfertur dominium. atqui in caſu poſito ſolùm adeſt promiſſio. ℞. Negando minorem, adeſt enim inſuper animus de præſenti transferendi mercis dominium pro pretio, & acceptandi pretium: qui animus, in his circumſtantiis abundè manifeſtatur per traditiones reciprocas. & hoc habet praxis quotidiana in Germania, ubi Piſtores exponunt ante feneſtras panes venales, nemine hominum præſente, & tranſeuntes accipiunt panem, (cujus pretium jam nôrunt) & in eundem locum ponunt pretium. Eodem modo circumferunt, vel vendunt fæminæ in templis candelas, nullo verbo adjecto, ſolâ exhibitione, & acceptione. Vnde etiam patet, talem traditionem non eſſe nudam traditionem (quæ non ſufficeret ad transferendum dominium) ſed eſſe ex cauſa venditionis.

CONTROVERSIA VII.

Quâ ratione Pretium debeat eſſe certum, & determinatum ac taxatum.

SUMMARIUM.

AN *pretium certificetur, ſi dicas*: vendo pro pretio, quod eſt in Arca. 26.

Cur ſimili formâ cenſeatur teſtator in legato ad corpus reſpexiſſe. eod.

Intellectus legis fin. ff. de condict. ca. data. ca. non ſec. 27.

An certificetur pretium hâc formâ: quo res in foro venditur. 28.

An per formam: Pretio juſto. 29.

An ſufficiat relatio in arbitrium tertii. 30.

An tali relatione penitus nihil actum ſit. 31.

Intellectus legis 16. §. 9. ff. de Pignoribus. 32.

An factâ à tertio determinatione retrotrahatur Contractus ad tempus conventionis. 33.

Quid ſi tertius iniquè arbitretur. 34.

PRetium debere eſſe certum, conſtat ex §. *1. J. h. t. Sed & certum eſſe pretium debet.* Hæc autem determinatio variis modis fieri poteſt, circa quos dubitatur utrum ſufficiant.

26. QUÆRITUR ergo 1. An ſufficienter certificetur pretium, ſi vendam eo pretio *quod eſt in arca.* Negat Accurſius & Bartolus, & plures antiqui. Ratio negandi erat: quia pretii quantitas, & non præcisè corpus pretii debet deſignari, quod colligunt ex *l. 7. §. 1. ff. h. t.* ubi ſic ponitur forma. *Hujusmodi Emptio*: quanti tu eam emiſti: quantùm pretii in arca habeo: *Valet: nec enim incertum eſt pretium tam evidenti venditione: magìs enim ignoratur, quanti emptus ſit, quàm in rei veritate incertum eſt.* atqui (inquiunt) per verba: *quod in arca habeo*: Corpus deſignatur: ergo non quantitas.

Verùm, hæc mihi videtur captioſa ſubtilitas, & repugnans textui adducto, ubi dicitur talis emptio valere. & ideo contraria ſententia eſt communis & vera. Nam etiam per hæc verba: *quod in arca habeo*, abundè quantitas deſignatur ex intentione loquentis, quia formaliſſimè vult dicere: *pro tanto pretio*, quantum eſt id, quod in arca habeo. Verum quidem eſt, quòd quando ſimili formâ legatum relinquitur, cenſeatur le-

gans

gans ad corpus reſpexiſſe, ut dicitur in lege 51. *ff. de lege* 1. *Sed ſi certos nummos, velut, quos in arca habet, legavit, non numerata pecunia, ſed ipſa corpora nummorum continentur.* Attamen, quando talis forma in venditione uſurpatur, quantitas deſignatur, quia voces uſurpantur juxta ſubjectam materiam. Imò etiam in legato pecunia tali modo legata non ſimpliciter & indiſtinctè, ſed tantùm quoad certos quoſdam effectus in legatis ſingulares Iure Corporis, ſive ſpeciei cenſetur, ut acutè notat Arn. Rath. nempe, quòd etiã ſæpiùs legata pecunia *in arca exiſtens*, ſemel tantùm debeatur, & quòd hæres eâ ſine ſua culpa amiſſâ liberetur: item quòd tale legatum ſit ſtatim præſtandum, non obſtante dilatione in aliis legatis conceſſâ: quæ omnia in legato quantitatis aliter ſe habent. *l.* 30. *&* 34. *§. 1. ff. de leg.* 1.

27. Objiciunt tamen legem fin. *ff. de condict. ca. data. ca. non ſec.* ubi dicitur, quòd non ſit Venditio, ſi quis dicat: *do tibi pecuniam, ut mihi des Stichum.* atqui non eſt alia ratio, quàm iſta, quòd non ſit expreſſa quantitas. Ergo. ℞. In iſta lege non fuiſſe contrahentium animum facere venditionem, ſed potiùs contractum innominatum, *do ut des.* quodſi uſi fuiſſent verbo Venditionis aut Emptionis, & pecunia determinata fuiſſet exhibita, fuiſſet valida venditio, quo ſenſu debet intelligi *lex* 5. *§.* 1. *ff. de Præſcript. verb.* ubi dicitur: *Et ſi quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, Emptio Venditio eſt.*

28. QUÆRITUR 2. An ſufficienter certificetur pretium, ſi vendatur ſub hac forma: *Pro pretio quo* v. g. frumentum, communiter tali die & loco in foro vendi ſolet. ℞. Affirmativè. Ità Gomez to. 2. var. reſol. c. 2. n. 9. quem ſequitur Harpprecht, & Arnoldus Rath: nam tunc pretium ex relatione ad certum diem, & locum (adde & actualem venditionem ibi exercitam) accipit eandem certitudinem, juxta illud quod dici ſolet: menſura menſuræ eſt etiam menſura menſurati.

29. QUÆRITUR 3. An pretium ſit ſufficienter certum deſignatum his verbis: *Pretio juſto.* Affirmat Fulgoſius cum quibuſdam aliis. Communiſſima tamen ſententia negat. Probatur. Si eſſet pretium certum, tunc deberet hanc certitudinem habere ab alicuius viri boni arbitrio taxandam, in quod partes compromiſiſſent. atqui per illa verba nullum hujuſmodi arbitrium electum eſt, quia nulla perſona determinata eſt: hoc autem requiri patet tum ex §. t. Inſt. h. t. poſtea referendo, tum ex leg. fin. C. h. t. [Nullâ conjecturâ, imò magis divinatione, impoſterum ſervandâ, utrum in perſonam certam, an in boni viri arbitrium reſpicientes contrahentes ad hæc pacta venerunt, quia hoc penitus impoſſibile eſſe credentes, per hujuſmodi Sanctionem expellimus.]

29. Cæterùm, ſpeculativè loquendo, & ſeclusâ auctoritate legum, poſſet ſententia Fulgoſii hac ratione defendi, quòd talibus verbis contrahentes tacitè in perſonam Iudicis compromiſiſſent, ut is arbitraretur juſtum pretium. Ergo ſicut in omnium ſententia valet venditio, ſi arbitrium certæ perſonæ electum eſt, v. g. Titii (ut expreſsè habetur in Iure mox referendo) valebit etiam relatio in arbitrium Iudicis. Nec video quid ad hoc aliud reſponderi poſſit, quàm negando ſuppoſitum, hoc eſt, negando, quòd Contrahentes ad arbitrium Iudicis reſpexerint, aut reſpexiſſe cenſendi ſint, ſed potiùs unicè ad arbitrium ipſorum contrahentium, quod ipſi judicaverint eſſe juſtum pretium. Hæc ſanè non eſt ſufficiens determinatio, in omnium ſententia: quia poſſunt contrahentes perpetuò diſſentire: tum quia ſic eſſet in eorundem poteſtate facere pro libitu rem emptam vel inemptam. Ex quo fundamento inferunt DD. quòd ne quidem valeat Venditio, ſi in alterius determinatam perſonam contrahentis, v. g. Emptoris fuerit facta relatio taxandi pretii juſti: nempe quia ſic hoc negotium careret obligatione reciprocâ, quia Emptor poſſet nolle æſtimare, & ſic facere contractum nullum: alii aliam rationem aſſignant, nempe periculum iniquæ taxationis: quæ tamen ratio impugnari poſſet. Prior ratio videtur Iuri conformis in l. 13. C. h. t. *In vendentis vel ementis voluntatem collatâ conditione comparandi, quia NB. non adſtringit neceſſitate contrahentes, obligatio nulla eſt.* Verùm, quæcunque ratio ſit, lex ità habet 35. §. 1. ff. h. t. *Illud conſtat, imperfectum eſſe negotium, cùm emere volenti ſic venditor dicit: quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æſtimaveris, habebis emptum.*

30. Aliter ſe res habet, quando eligitur arbitrium tertii, in quo caſu Imperator diſtinguendo ſic decernit. §. t. I. h. t. [Si inter aliquos ità convenerit, ut quanti Titius rem æſtimaverit, tanti ſit empta, noſtra deciſio ità hoc conſtituit, ut quoties ſic compoſita ſit venditio: quanti ille æſtimaverit: ſub hac conditione ſtaret contractus, ut ſi quidem ille qui nominatus eſt, pretium definierit, tunc omnimodo ſecundùm ejus æſtimationem & pretium perſolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditione ex vendito agente: ſin autem ille, qui nominatus eſt, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo eſſe venditionem, quaſi nullo pretio ſtatuto. Quod jus cùm in Venditionibus nobis placuerit, non eſt abſurdum, & in locationibus, & in conductionibus trahere.] Hæc deciſio exſtat in lege ult. C. h. t.

Contra eam tamen, & ad probandum, ſufficere arbitrium boni viri indeterminatum electum eſſe, (determinandum poſtea ab ipſis contrahentibus) objici poſſet imprimis. *lex* 1. *§.* 5. *ff. de Legatis* 2. [Sed cùm ità legatum ſit pupillo ſi vel pupillæ: arbitrio tutorum: neque conditio ineſt legato, neque mora, cùm placeat in teſtamentis

mentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi: quæ enim mora eſt in viri boni arbitrio, quod injectum legato velut certam quantitatem captimir: pro viribus videlicet patrimonii.] Hac lege conſtituitur, quòd etiamſi tutores in tali caſu non arbitrarentur, adhuc tamen veleret legatum. Ergo idem in venditione erit. ℞. 1. In hac lege ſatis indicari, unde poſſit haberi certitudo, nempe ex juribus patrimonii, de quibus facilè quivis alius arbitrari poterit. ℞. 2. Negando conſequentiam & paritatem. Nam ultimæ voluntates pleniùs & benigniùs, quàm contractus ſunt interpretandæ. Vnde qui legato voluit aliquem honorare, non voluit legatum alligare arbitrio Titii, etiamſi hunc nominaverit, ſed cujusvis alterius boni viri arbitrium conſideràſſe videtur. Contrahentes poſſunt in defectum arbitri nominati alium eligere, & de novo contrahere.

31. Quæres: ſi in tali caſu adjecti arbitrii indeterminati non eſt Contractus Emptionis, an penitus nihil actum ſit? Affirmat Arius Pinellus p. 2. Rubr. c. 1. n. 21. in tali caſu nec eſſe venditionem, nec alium contractum. Non venditionem, ob incertitudinem pretii. non contractum innominatum, quia de hoc non cogitabant contrahentes.

Contrarium ſtatuit Fachineus, nempe fore contractum innominatum. Nam ubi contrahentes venditionem appellant eam conventionem, quæ verè non eſt venditio, intelligitur eſſe contractus innominatus *l. 6. ff. de præſcript. verb. Inſulam hoc modo*: ut aliam Inſulam *reficeres, vendidi: reſpondit, nullam eſſe venditionem* (quia nullum pretium eſt conſtitutum) *ſed civili intentione incerti agendum eſt.* id eſt: præſcriptis verbis, quæ actio datur ad incertum, id eſt ad *intereſſe*, vel ut fiat quod convenit, ut notat gloſſ. Præſumuntur ergo contrahentes in talem obligationem conſenſiſſe, ſi contrarium non expreſſerunt. Cenſentur enim voluiſſe pactum eſſe efficax meliore modo quo poteſt.

Sed iterum quæres: en actio detur venditori non vero, ſed putativo (ſi ex ſua parte pacto ſatisfecit rem tradendo) *Præſcriptis verbis* ad petendum pretium à Iudice taxandum. Negat Antonius Gomez c. 2. n. 9. volens dari ſolùm ad rem & fructus: item ad hoc dari actionem *in factum*. Fachineus verò vult eam dari etiam ad petendum pretium, ſi ità velit venditor. Datur enim illa actio ad id, ut fiat quod convenit inter contrahentes: &, ſi non fiat quod convenit ad intereſſe. *l* 5. §. 1. *ff. eod.* ibi. [In qua actione id veniet, NB. non ut reddas, quod acceperis, ſed ut damneris mihi, quanti intereſt meâ, illud de quo convenit accipere, vel ſi meum recipere velim, repetatur quod datum eſt, quaſi ob rem datum, re non ſecutâ.]

32. Contra principalem concluſionem Objici poteſt. 2. & difficiliùs, ex lege 16. §. 9. *ff. de Pignoribus.* ubi videtur venditio approbari facta ſub generalibus terminis. *Pretio juſto. Poteſt ità fieri pignoris datio hypothecave, ut ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, jure emptionis poſſideat rem juſto pretio NB. tunc æſtimandum.* Ad hoc reſpondet Pinellus, & ex eo Fachineus, Iuris Conſultum in ea ſpecie loqui, ubi pactum venditionis juſto pretio pignori accidit. In præſenti verò ſermo eſt, de pacto venditionis per ſe conſiderato. Ego vim hujus reſponſionis non ſatis percipio, quia non capio, quomodo eſſentia Venditionis (ad quam ſpectat pretium eſſe certum) poſſit immutari per adjectionem ad pignus. Aliter ergo reſpondeo, in hac lege ideo pretium eſſe certum, quia per adjectam particulam *Tunc*: refertur ad tempus illud, quod deſignatum eſt, ut perinde ſit, ac ſi diceretur: quantum valebit *tunc* talis res: ſicut ſuprà dictum, quòd ſatis certum ſit, pretium relatum in valorem talis rei, tali die, tali loco. Habetur ergo certitudo per Relationem ad certum pretium futurum talium rerum, tali tempore.

33. Quæres denuò. Si in tertiam perſonam collatum eſt arbitrium, an factâ determinatione retrotrahatur ad tempus conventionis, quaſi jam tunc factus eſſet contractus: Reſpondet Molina cum Laſarte negativè, ſed contractum primùm compleri & perfici, poſitâ taxatione: ac proinde tunc, ſi tributum ex venditione debitum eſſet, illi Gavellario ſolveretur, qui tempore taxationis eſſet. Addendum tamen puto, quòd vi conventionis obligentur contrahentes exſpectare taxationem faciendam, alioquin nullam contraherent neceſſitatem, ſicque non appareret diſcrimen inter caſum, quo in arbitrium tertii, & quo in arbitrium alterius contrahentis confertur pretii taxatio.

34. Quæres adhuc: Quid ſi tertius ille iniquè arbitretur? eſtne ſtandum arbitrio? ℞. Contractum ità abſolvi, ut reſilire non liceat; ſed tamen datur recurſus ad Iudicem, ut ad æquitatem reducat; quia cenſetur judicium boni viri electum, conformiter legi 76. ubi dicitur: [Arbitrorum enim genera ſunt duo. Vnum ejusmodi, ut ſive æquum ſit, ſive iniquum, parere debeamus, quod obſervatur, cùm ex compromiſſo ad arbitrum itum eſt. Alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etſi nominatim perſona ſit comprehenſa, cujus arbitratu fiat.]

CONTROVERSIA VIII.

Quid Iuris ſit, ſi Arrharum nomine aliquid datum fuerit.

SUMMARIUM.

DUplex modus adjiciendi Arrham Venditioni. 35.
Si adjiciatur poſt contractum ante traditionem, an contrahentes poſſint reſilire. 36.
Intellectus legis 17. C. de fide inſtrum. eod.
An emptio ſine ſcriptis celebrata, poſſit eſſe imperfecta. 37.
An arrha computetur in pretium. 38.

35. POteſt Arrha dupliciter adjici Venditioni, (ſive detur ab Emptore, quod communius eſt, ſive à Venditore) Primò, antequam contractus eſt perfectus & abſolutus, v. g. quia facta ſolùm eſt reflexa promiſſio de emendo, vendendo, vel quando volunt contractum eſſe ſuſpenſum usque ad confectionem ſcripturæ, vel taxationem pretii ab alio faciendum. Secundo modo adjici poteſt poſt contractum conſenſu quidem perfectum, ſed necdum factâ traditione.

Si primo modo tradita eſt Arrha, certi juris eſt (loquendo de Iure communi) & praxis habet conformis communi hominũ intentioni, tunc in arbitrio contrahentium eſſe, vel contractum perficere, & ſic arrham recipere, aut in partem pretii computare, vel arrham amittendo pœnitere, & à contrahendo abſtinere: adeòque ſi reſiliat, qui arrham dedit, amittet arrham, & eam alter qui accepit, lucrabitur: ſi verò reſiliat, qui arrham accepit, & arrham acceptam reſtituet, & tantundem de ſuis bonis ſuperaddet, quod alter lucrabitur. Ità Imperator *pr. I. h. t.* [Donec enim aliquid deeſt ex his, pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœna recedere ab emptione & venditione. Ità tamen NB. impunè eis recedere concedimus, niſi jam Arrharum nomine aliquid fuerit datum; hoc enim ſubſecuto, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis venditio celebrata ſit, is qui recuſat adimplere contractum, ſi quidem eſt emptor, perdit quod dedit: ſi verò venditor, duplum reſtituere compellitur] Idem *l.* 17. *C. de fide inſtrum.* [Illud etiam adjicientes, ut impoſterum, ſi quæ arrhæ ſuper facienda emptione cujuscunque rei datæ ſunt, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis, licèt non ſit ſpecialiter adjectum, quid ſuper iiſdem arrhis, non procedente contractu fieri oporteat; tamen & qui vendere pollicitus eſt, venditionem recuſans in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus eſt, ab emptione recedens datis à ſe arrhis cadat, repetitione earum denegandâ.] Simile quid diximus de arrhis quæ ſponſalibus adjiciuntur *to.* 1. *tract.* 4.

Controverſia eſt, ſi Arrha ſecundo modo adjiciatur, quid tunc de Iure communi dicendũ ſit. In quo puncto imprimis non debeo diſſimulare lapſum Doctiſſimi Fachinei, qui libro 2. cap. 28. cum quibusdam alijs reſolvit, quòd in hoc caſu ne quidem contra reſilientem detur actio ad id quod intereſt, ſed ſolùm arrhæ datæ amittantur, aut duplum reddatur. ad quod probandum adducit textum Inſtit. paulò antè relatum. Verùm, luce clarius eſt, quòd ille textus non loquatur de caſu quo contractus jam eſt perfectus, ſed quo necdum eſt perfectus: ut legenti & fideliter conſideranti liquet. Sed etſi ille textus eludi poſſet, adhuc ſtat firmus textus ex Codice adductus, ubi expreſsè ſermo eſt, de pollicitatione contrahendi, quæ utique non eſt contractus. De reliquo

Prima ſententia eſt, poſſe contrahentes adhuc reſilire & pœnitere, dummodo traditio non ſit facta mercis, & pretji. Ità Treutlerus ſecutus Sichardum *ad cit. l.* 17. *C. de fide Inſtr.* Eandem ſententiam amplexa eſt Facultas Lipſienſis, ut refert & approbat Berlichius in ſuis Deciſionibus (quas ipſe *aureas* vocat) *decis.* 45.

36. Contraria ſententia eſt communis & verior, loquendo de Iure communi, quod ſequitur in hoc puncto Ius Bavar. *L. R. tit. 6. a.* 3. Probatur imprimis per argumentum à ſenſu contrario; nam in textibus antè allatis ſolùm hæc pœnitentia conceditur, ſi necdum eſt perfectus contractus, ſed adhuc partes in tractatibus verſantur: ergo omnibus abſolutis non licebit, ne quidem cum amiſſione arrharum, ſe ab obligatione liberare.

Probatur. 2. Quando Arrhæ adduntur contractu jam perfecto, ſolùm adduntur in eum finem, ut fortiùs obligentur contrahentes, & ut contractus faciliùs probari poſſit in Iudicio: Ergo ſi non adjectis arrhis, non liceret pœnitere (quod certum eſt) utique multò minùs licebit, arrhis ſuperadditis: alioquin redderetur per has contractus aliquo modo vacillans, ut patet.

Confirmatur: à fortiori ex lege 6. *C. de Reſcindendâ vendit.* [Non eſt probabilis cauſa propter quam reſcindi conſenſu factam venditionem deſideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emptori, tamen invitus ad reſcindendam venditionem urgeri non debet.] atqui arrhæ utique non adæquant pretium: ergo harum ſolutione multò minùs licebit reſilire.

Aliquibus ſcrupulum movent illa verba textûs pr. Inſtit. *ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis venditio celebrata eſt.* Ex quibus videtur colligi, quòd Imperator loquatur de contractu jam perfecto. Imò putant aliqui, non poſſe contractum ſine ſcriptis celebratum eſſe imperfectum, quia ſolo conſenſu perficitur. Ad hunc tamen ſcrupulum

lum eximendum, ponderanda eſt lex 17. *C. de fide Inſtr.* paulò antè relata, ubi leguntur hæc verba: *Faciendâ emptione. Non procedente contractu. Pollicitus eſt. Emere Pactus eſt.* quæ verba ne per violentiam quidem poſſunt aliter intelligi, quàm de contractu imperfecto, & inchoato.

Quare cum Arnoldo Rath. th. 35. n. 3. fatendum eſt, in Inſtitutionibus Imperatorem aliquantò pinguiùs locutum fuiſſe, & nomine Emptionis *celebratæ* intellexiſſe emptionem, quæ adhuc eſt in *fieri*, & ſuper quâ tractatur, adeòque verbum *celebrari* in textu Inſt: accipi defacto ut *in l. conſilio ff. de curatorib. fur. dand.* & de ipſo partium tractatu.

37. Quod autem dicunt adverſarii, Emptionem ſine ſcriptis celebratam, non poſſe eſſe imperfectam, falſum eſt, & in contrariù eſt quotidiana praxis licitationum, dum de pretio non ſtatim convenitur: poteſt ergo empturiens arrham dare, quâ vendenti aſtringatur, ut ſi poſtmodum in pretium oblatum conſentiat, compellatur ad emendum, & econtra vendens obligetur, ut ſi emens in pretium petitum conſentiat, vendens compelli poſſit. [Finge caſum, inquit cit. Author, quo ſtudioſus veniat ad Stationariam ſive publicam venditricem, vulgò *Fürlegerin*, & pro libro licitato viginti florenis, offerat quatuordecim, atque etiam Stationariæ, quousque libri Dominum certiorem faciat pretii oblati, num eo vendere velit, exigenti interim arrhas v. g. in annulo tradat: certè ſi poſtmodum Domino contento ſtudioſus oblatos 14. florenos perſolvere detrectet, amittet arrhas ex tacita conventione.] Ità ille

38. Quodſi verò Contractus poſtmodum abſolvatur, ſi arrha fuit data in pecunia, illa computatur in pretium: arg. legis *ult. ff. de Lege commiſſ.* ex qua lege etiam conſtat, poſſe arrham etiam perfectæ venditioni addi, cum pacto, ut ſi non ſatisfiat obligationi, in quam conventum eſt, arrhæ amittantur, & res inempta ſit. [Mulier fundos Gaio Seio vendidit, & acceptis arrhæ nomine certis pecuniis, ſtatuta ſunt tempora ſolutioni reliquæ pecuniæ. (Ecce! quod ſit pars pretii.) quibus ſi non paruiſſet, emptor pactus eſt, ut arrham perderet, & inemptæ villæ eſſent.] Ecce! pactum amittendæ arrhæ cum reſciſſione emptionis! Unde poſſumus concludere cum Card. de Lugo, in hoc puncto, qualis fuerit intentio contrahentium, totum pendere ex conſuetudine, quæ intentionem contrahentium manifeſtat.

CONTROVERSIA IX.

Ad quem pertineat periculum rei perfectè, & abſolutè Venditæ ante traditionem.

SUMMARIUM.

SI Venditor nullam ſpecialis cuſtodiæ curam in ſe ſuſcepit rei venditæ, nec eſt in mora tradendi, & rei periit, cujus ſit damnum. 39.

An venditor teneatur cavere levem culpam. eod.

An concluſio poſita in ſolis Inſtitutionibus contineatur, ut vult Cujacius & Vulteius. eod.

Quænam ſit Concluſionis ratio. 40.

Si culpâ venditoris periret, non peritura eodem modo apud emptorem, periculum ad venditorem ſpectat. 41.

Intellectus illius vulgaris: unaquæque res Domino ſuo perit. 42.

Intellectus legis 33. ff. locati. 43.

Interpretatio Antonii Fabri. 44.

An ſemper Venditor liberetur, quando actiones cedit. 45.

Interpretatio Arnoldi Rath. eod.

Intellectus legis 12. & 13. ff. de periculo & commodo rei venditæ. 46.

Intellectus legis 15. §. 1. ff. eod. 47.

Intellectus legis 39. §. 1. ff. de ſolutionibus. eod.

Intellectus legis fin. ff. de condict. ca. datâ ca. non ſecutâ. eod.

Cujus periculo res pereat ante conditionem impletam. 48.

Quidſi ſolùm minuitur, aut deterioratur, & poſtea purificatur conditio. 49.

Quidſi res vendatur ad futuram explorationem. eod.

Penes quem ſit periculum ſi res ad averſionem *vendatur.* 50.

Si vendatur ex certo corpore aliqua portio. 51.

FUit ſententia ſingularis Hugonis Grotii apud Henricum Hahn *ad tit. ff. de periculo & commodo rei vend.* Merum Iuris civilis commentum eſſe, & Iuri naturali contrarium, quòd periculum & commodum ad emptorem pertineat, antequam dominium in eum transferatur: cujus argumenta poſtea ſolvenda ſunt; nunc autem quid de Iure conſtitutum ſit, videndum. Deinde eſt etiam ſingularis ſententia Cujacii, & Vultei h. t. n. 71. quòd quando res vendita periit, Emptori detur ex æquitate Actio ad *intereſſe*. Contra hos

39. DICENDUM eſt 1. Si Venditor certæ ſpeciei, ſeu individui (ut Philoſophi accipiunt, v. g. Bucephali, fundi Semproniani) nullam ſpecialis cuſtodiæ curam in ſe ſuſcepit rei venditæ, nec eſt in mora tradendi, & præterea diligentiorem cuſtodiam aliorum patrumfam. adhibuit, & tamen rem venditam amiſit, tenetur quidem Emptori cedere actiones, ſi quas habet,

Digitized by Google

bet, de reliquo eſt emptoris damnum, ut non modò non competat illi actio ad intereſſe, ſed & pretium non minùs ſolvere teneatur, quàm ſi res illi tradita fuiſſet. Habetur in lege 34. §. 4. *ff. h. t.* [Si res vendita per furtum perierit, priùs animadvertendum erit, quid inter eos de cuſtodia rei convenerat. Si nihil appareat conveniſſe, talis cuſtodia deſideranda eſt à venditore, qualem bonus paterfamilias ſuis rebus adhibet; quā ſi præſtiterit, & tamen rem perdidit, ſecurus eſſe debet, ut tamen ſcilicet vindicationem rei, & condictionem exhibeat emptori.

Dixi: *Si diligentiorem, &c.* Non enim ſufficit communem cuſtodiam adhibuiſſe, ſed debet adhibere majorem, quâ etiam levis culpa vitetur, per legem 3. *ff. de periculo, & commodo rei vend.* [Cuſtodiam autem venditor talem præſtare debet, quam præſtant hi, quibus res commodata eſt, ut diligentiam præſtet exactiorem, quàm in ſuis rebus adhiberet,] Præterea lege 5. §. 2. *ff. de Reſcind. vend.* dicitur. [Mortuo autem homine perinde habenda eſt venditio ac ſi traditus fuiſſet: utpote cùm venditor liberetur, & emptori homo pereat: quare niſi juſta conventio intervenerit, actiones ex empto vendito manebunt.] Idem habetur *l. 7. 8. & 11. ff. de Periculo & commodo rei vend.*

Ex his textibus Digeſtorum agnoſcere licet, quàm parùm Iuridicè dixerint Cujacius & Vulteius, Concluſionem in ſolis Inſtitutionibus haberi: cùm tota Digeſtorum doctrina elegantiſſimè contineatur in §. 3. [Cùm autem emptio & venditio contracta ſit (quod effici diximus, ſimul atque de pretio convenerit, cùm ſine ſcriptura res agitur) periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet, tametſi adhuc ea res emptori tradita non ſit. Itaque ſi homo mortuus ſit, vel aliquâ parte corporis læſus fuerit, aut ædes totæ vel aliquâ ex parte incendio conſumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus ſit, ſive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis longè minor, aut deterior eſſe cœperit, emptoris damnum eſt; cui neceſſe eſt, licèt rem non fuerit nactus, pretium ſolvere. Quidquid enim ſine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor ſecurus eſt. Sed & ſi poſt Emptionem fundo aliquid per alluvionem acceſſerit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus eſſe debet, cujus periculum eſt. Quodſi fugerit homo, qui veniit, aut ſurreptus fuerit, ità ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an cuſtodiam ejus uſque ad traditionem venditor ſuſceperit. Sanè enim ſi ſuſceperit, ad ipſius periculum is caſus pertinet: ſi non ſuſceperit, ſecurus eſt. Idem etiam in cæteris animalibus, cæteriſque rebus intelligimus. Utrique tamen vindicationem rei, & condictionem exhibere debebit emptori: quia ſanè, qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipſe Dominus eſt. Idem etiam eſt de furti, & de damni injuriæ actione.]

Qui textus cum ſit accuratiſſimè conceptus, & ob doctrinæ neceſſariam notitiam tyronibus à Iuſtiniano, tam enucleatè propoſitus, illi prorſus inſiſtendum eſt, nec recedendum ob difficultatem quorundam jurium obſcurioruum in ſpecie pugnantium, quæ poſtea referentur, ac proinde non eſt admittenda conciliatio Cujacii, Vulteii & quorundam aliorum, qui hunc textum dicunt ſpectare ad apices juris, alios verò ad æquum & bonum: ſed, ut nunc alia taceam, non eſt veriſimile, (ut optimè notat Ludwel) Imperatorem hîc tyronibus Iuris ea proponere voluiſſe, quæ deinde facti adultiores iterum dediſcere cogerentur, & loco doctrinæ in textu adeo inculcatæ hanc Cujacii & Vulteii ſupponere. *Emptor pretium retinere, vel ſolutum repetere poteſt, non tamen poteſt venditorem ad intereſſe convenire.*

Sed & Iure Codicis idem habetur paucis verbis. *l. 4. C. de periculo & com: rei vend.* [Cùm inter emptorem & venditorem contractu ſine ſcriptis inito de pretio convenit, moráque venditoris in traditione non interceſſit, periculo emptoris rem diſtractam eſſe in dubium non venit.] & leges. [Cùm ſpeciem venditam per violentiam ignis abſumptam dicas, ſi venditionem nulla conditio ſuſpendebat, amiſſæ rei periculum te non adſtringit.] Sed quæſo, quomodo non adſtringeret periculum Venditorem, ſi & rem perderet, & pretio carendum eſſet? etiamſi non teneretur ad intereſſe?

Accedit, quòd lege ult. *ff. de condict: ca. d. a ca. non ſec.* (quam jam ſuprà retuli) expreſsè conſtituatur hæc differentia inter Venditionem & Contractum innominatum *Do pecuniam, ut des Stichum.* quòd in hoc poſteriore pecunia data, Sticho mortuo & non tradito, repeti poſſit.

40. Rationem Concluſionis reddunt Iuriſtæ hanc; quia Venditor certæ ſpeciei (nam de hac ſolùm procedit Concluſio) debitor eſt, atqui debitor certæ ſpeciei liberatur ab obligatione, ſi ſine ejus culpa pereat res debita l. 23. ff. de V. O. [Si ex legati cauſa aut ex ſtipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter poſt mortem ejus tenearis mihi, quàm ſi per te ſteterit, quominus vivo eum mihi dares: quod ità fit, ſi aut interpellatus non dediſti, aut occidiſti eum.] Ego tamen hanc rationem (ſi quidem eſt ratio, & non potiùs legis auctoritas) nunquam judicare potui efficacem, quia adverſarii facilè reſpondebunt, eam procedere (conformiter legi adductæ) quando res debetur titulo lucrativo, quo caſu non poteſt conqueri creditor, ut conſideranti patet: ſed quando debetur titulo oneroſo, ſanè gravatur creditor, ſi ipſe nihil conſecututus debet pretium

tium ſolvere. hoc enim eſt, quod Cujacius judicat iniquum, & propter quod ab apertis juribus recedit.

Ratio ergo eſt, quam reddit Card. de Lugo *d. 26. n. 216.* Quia quamvis dominium rei venditæ ante traditionem non transferatur in Emptorem, eſt tamen naturali rationi congruum; quòd Emptor volens habere commodum, fructus, aliáſque acceſſiones rei venditæ etiam non traditæ, etiam conſentiat in incommodum & periculum, ità ut ſicut vult rem ſibi, quaſi eſſet dominus, fructificare, ità etiam velit ſibi perire. Ratio ulterior eſt, quia Venditor tenetur ſolùm actione perſonali, & itidem Emptor, ſi pretium nondum tradidit, etiam tenetur Venditori tantùm actione perſonali. Ergo ſi Venditori redditur impoſſibilis traditio, extinguitur obligatio: quia verò manet emptori poſſibilis ſolutio pretii, hæc non extinguitur: ſicut non extingueretur, ſi res vendita ex alio titulo debita periret, emptor verò pecuniam ex alio titulo deberet.

41. Ex poſita Concluſione & juribus adductis infertur facilè, quòd periculum ad venditorem pertineret, ſi res ipſius culpâ aut morâ periret, dummodo non eſſet eodem modo peritura apud emptorem, aut niſi etiam Emptoris culpa aut mora cauſam dederit. arg. legis 17. *ff. de Peric. & com. rei vend.* ubi hoc ſubtiliter diſcutitur à Pomponio. [Illud ſciendum eſt, cùm moram emptor adhibere cœpit, jam non culpam, ſed dolum malum tantùm præſtandum à venditore. Quodſi per venditorem & Emptorem mora fuerit, Labeo quidem ſcribit, Emptori potiùs nocere, quàm venditori moram adhibitam. Sed videndum eſt, ne poſterior mora damnoſa ei ſit: quid enim ſi interpellavero Venditorem, & non dederit id quod emeram: deinde poſteriore offerente illo ego non acceperim? ſanè hoc caſu nocere mihi deberet. Sed ſi per emptorem mora fuiſſet, deinde cùm omnia in integro eſſent, Venditor moram adhibuerit, cùm poſſet ſe exſolvere, æquum eſt, poſteriorem moram Venditori nocere.]

Quòd autem, ſi eodem modo peritura fuiſſet res apud emptorem, adhuc emptori pereat, conſtat tum ex diſputatis *to. 1. tr. 2.* tum per argumentum à contrario ſenſu, ex lege 47. *§. 6. ff. de legatis 1. Item ſi fundus chaſmate perierit, Labeo ait, utique æſtimationem non deberi* (legatario ab hærede) *quod NB. ità verum eſt, ſi non poſt moram factam id evenerit: potuit enim* (ſi per moram evenit) *eum acceptum legatarius vendere.* ergo ſi vendere non potuit, adeóque eodem modo apud ipſum periturus fuiſſet fundus, æſtimatio non debebitur.

Reſtant nunc ſolvendæ Objectiones, quæ ab Adverſariis fieri ſolent. Itaque

42. Objiciunt. 1. Illud Vulgare. Unaquæque res domino ſuo perit. Atqui Venditor eſt rei venditæ dominus ante traditionem: ut ex juribus adductis palàm eſt: ergo illi perit.
℞. Diſtinguendo majorem, perit domino ſuo, niſi ipſe ſit obligatus tradere dominium alteri, à quo poſſit avocari ad libitum, exhibito pretio, concedo; ſecùs nego. Ratio eſt, quia in ordine ad commoda & incommoda fingitur à Iure dominus eſſe Emptor, ſecundùm ea quæ pro Concluſione dicta ſunt. Opponitur ergo in illo vulgari Effato dominus v. g. depoſitario, creditori tenenti pignus, habenti uſum rei &c. apud quos ſi res pereat, non talium periculo perit, ſed periculo Domini, v. g. debitoris, ut habetur in *l. 9. C. de Pign. act. Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipſi perire in dubium non venit.* At verò in poteſtate Emptoris eſt, oblato pretio dominium acquirere, quare licèt non ad omnes effectus, ad effectus tamen commodi, & incommodi fictione Iuris eſt Dominus.

43. Objiciunt 2. & paulò difficiliùs ex *lege 33. ff. Locati.* ubi dicitur. [Nam & ſi vendideris mihi fundum, iſque priùs, quàm vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto, quod hactenus verum erit, ut pretium reſtituas: non ut etiam id præſtes, ſi quid pluris meâ interſit, eum vacuum mihi tradi.] Circa hunc textum multæ reſponſiones excogitatæ ſunt. Prima eſt P. Molinæ *d. 366. n. 15.* quem in formalibus ſequitur Lugo, qui dicunt, hic eſſe poſitum caſum exceptum à Regula & Concluſione. Nempe periculum & jacturam rei tunc ad venditorem ſpectare aiunt, quando res vendita ob delictum confiſcatur; quaſi idem ſit in adducta lege, *publicari & confiſcari.* Addit Molina, Iure Luſitaniæ idem eſſe, ſi res vendita, antequam tradatur, accipiatur à Rege, neceſſitate aliquâ.

Hæc Reſponſio non quadrat textui: ubi non ſupponitur confiſcatio ob culpam & delictum venditoris. Nam ſi hoc eſſet, teneretur Venditor etiam ad Intereſſe, & non tantùm ad reddendum pretium. Loquitur ibi Iure conſultus de vi majore, & potentia, ut legenti totum contextum liquet: dicitur enim: *quamvis per te non ſtet, quominus id præſtes.* & expreſsè concludit, quòd venditor ad intereſſe non teneatur.

Dices: Ideo Venditorem non teneri ad intereſſe, quia delictum quod fuit cauſa confiſcationis, non tendit directè ad impediendam traditionem, ſicut mora, aut alienatio facta à venditore. Ità non omnino improbabiliter reſpondere poſſet cum Bartolo & Bacchovio. Cæterùm, non ſatisfacit hæc reſponſio. Nam ſi damnum eſſet datum in re vendita ab inimico, quem venditor ſuâ culpâ ad inimicitiam provocâſſet, talis culpa etiam non tetendiſſet directè ad impediendam traditionem, & tamen tunc venditor teneretur ad intereſſe arg. legis 25. §. 4. *ff locati.* Ergo diſtinctio inter culpam directè & indirectè impedientem traditioné, non eſt in Iure fundata,

ſed arbitrariè confiſcata. Textus ſic habet. *Culpæ autem ipſius & illud adnumeratur, ſi propter inimicitias ejus vicinus arbores exciderit.* Item arg. l. 52. §. 18. *ff. pro Socio.* ubi cùm quæreretur, an Socius omnium bonorum, ſi quid ob injuriarum actionem damnatus præſtiterit, ex communi conſequatur ut præſtet, reſponſum eſt. *Si injuriâ Iudicis damnatus ſit, conſecuturum; ſi NB. ob maleficium ſuum, ipſum tantùm damnum ſentire debere.* Ecce! hic delictum non tendit directè ad damnum bonorum communium, & tamen ſolus delinquens damnum ſentit. Ergo etiam in caſu venditionis ſi bona venditoris ob ejus culpam confiſcantur, ipſe ſolus damnum ſentire debet, & non emptor. atqui emptor etiam ſentiret, ſi illi venditor non teneretur ad intereſſe. Ergo teneretur, ſi ob culpam fundus venditus confiſcatus eſſet.

44. Aliam reſponſionem ad dictam legem 33. excogitavit Antonius Faber *lib. 2. Conject. c. 4.* diſtinguendo inter modos quo res vendita perire poteſt, & traditio reddi impoſſibilis venditori. Aliquando enim ità perit, ut omnino phyſicè deſinat eſſe in rerum natura, adeoque per naturam ampliùs præſtari non poſſit: in hoc caſu ait damnum ſpectare ad emptorem, & de hoc ſolo caſu ſeu modo deſinendi vult procedere Concluſionem, & communem doctrinam. Aliquando verò res amittitur ſalvo corpore, v. g. cùm furto auſertur, adeoque per cauſam extrinſecam impeditur traditio; & hoc caſu vult damnum ſpectare ad venditorem, hac ratione, ut ſi habeat aliquas actiones, eas obligetur cedere emptori: ſi verò nullas habeat actiones (prout nullas habet, ſi fundus publicetur) amittat pretium, quia non præſtat illam rem, quam ſaltem per rerum naturam præſtare poſſet. Et de hoc caſu vult intelligendam legem 33. Hanc reſponſionem amplectitur Harpprecht, qui tamen addit, eam rejici à Bocero & Vincentio Cabotio, quia tamen, ipſi haud meliorem reſponſionem afferunt, illam retinendam putat.

45. Ego verò invenio hanc Fabri reſponſionem aliter rejectam, & meliorem reſponſionem ſubſtitutam ab Arnoldo Rath, in hoc pondo ſubtilitate ſuperante Fabrum, quem ipſe pro ſua modeſtia *ſubtiliſſimum* vocat. Rejicit, inquam, quia leges à nobis adductæ indiſtinctè volunt, venditorem non teneri de eo, quod in re vendita ante traditionem accidit, ſi modò eam diligentiam adhibuerit, quam debent homines frugi, & diligentes præſtare: hoc & non plus requiritur à venditore, ut damnum ad eum non pertineat. *l. 11. ff. de peric. rei vend.* ibi. [Quamobrem, ſi venditor eam diligentiam adhibuiſſet in Inſula cuſtodienda, quam debent homines frugi, & diligentes præſtare, ſi quid accidiſſet, nihil NB. ad eum pertinebit.] Econtra verò ſtatuunt generaliter, venditorem abſolutè teneri de dolo ſuo, latâ & levi culpâ, ut patet ex Iuribus ſuprà allatis. Gratis ergo fingitur diſcrimen in modo rem perdendi, quia ſola culpa, vel abſentia culpæ in conſiderationem venit.

Præterea, ut idem Auctor advertit, Faber aſſumit falſum: nempe quòd indiſtinctè venditor liberetur, ſi actiones cedat. hoc enim ſolùm procedit, quando res ſine culpa amittitur, ut eſt textus apertus in lege 80. *ff. de furtis.* [Si vendidero, neque tradidero ſervum, & is NB. ſine culpa mea ſubripiatur, magìs eſt, ut mihi furti competat actio. & mea videtur intereſſe, quia dominium apud me fuit. vel quoniam NB. ad præſtandas actiones teneor.] ſcil: Emptori. Quodſi culpa intervenit, tenebitur ad intereſſe non minùs quàm Commodatarius, &c.

Meliorem ergo, & expeditam reſponſionem & legis 33. interpretationem, exhibet laudatus Arnoldus Rath *th. 59.* ex differentia ſola inter periculum Facti & Iuris: ut periculum facti in ipſius emptoris, Iuris verò in venditoris incommodum cedat: ſive clariùs, quòd damnum fortuiti interitûs, & extorſionis injuſtæ, quales ſunt furtum & rapina, ad emptorem, periculum verò evictionis (quod eſt periculum Iuris) ad venditorem pertineat; ſed hoc iterum cum diſcrimine: nempe ſi evictio ſine ejus culpa acciderit, ſolummodo quoad pretii amiſſionem pertineat, nullo intereſſe emptori refundendo. De hujuſmodi evictione Iuris, & abſque culpa venditoris accidente, loquitur lex 33. nempe quando fundus publicatur à Principe, hoc eſt, fit publicus ſeu publici Iuris, excitando munitionem in illo, quod Princeps facere poteſt bono publico id exigente, modò Domino fundi æſtimatio refundatur. Cùm igitur Princeps, rem privatam publicam faciens, Iure ſuo utatur, bono publico ità ſuadente, ac proinde venditor nullum Ius in re vendita retineat, quod emptori tradere poſſit, meritò hoc Iuris damnum ad eum eatenus pertinet, ut pretium ab emptore non poſſit exigere, acceptum verò reſtituere teneatur, quia non poteſt (ut deberet) rem venditam ità tradere, ut non poſſit Iure evinci.

Porrò, illam publicationem à Principe factam, vocari evictionem, habetur in lege 11. *ff. de Evictionibus.* [Lucius Titius prædia in Germania trans Rhenum emit, & partem pretii intulit, cùm in reſiduam quantitatem hæres emptoris conveniretur, quæſtionem retulit dicens, has poſſeſſiones ex præcepto principali partim diſtractas, partim veteranis in præmia deſignatas: quæro an hujus rei periculum ad venditorem pertinere poſſit. Paulus reſpondit NB. futuros caſus evictionis poſt contractam emptionem ad venditorem non pertinere, & ideo ſecundùm ea, quæ proponuntur, pretium prædiorum peti poſſe.] Quare autem in hoc caſu pretium peti poſſit, non obſtante evictione, ratio eſt quia prædia jam erant tradita.

Breviſſi-

Digitized by Google

Breviſſimè ergo reſpondetur, quòd quando impotentia tradendi rem emptam provenit à Iure (ut quando evincitur à Domino rei venditæ) vel à Principe, quando evincitur ob neceſſitatem boni publici) damnum pertineat ad venditorem, quando verò provenit ex aliquo facto, aut caſu fortuito, pertineat ad emptorem.

46. Objiciunt 3. ex lege 12. *& ſeq. ff. de peric. & com. rei vend.* ubi videtur dici, quòd tunc primùm periculum ad emptorem ſpectet, quando res jam tradita perit, aut emptor in morâ fuit. ℞. Hoc quidem dici in lege 12. & 4. ſed ex textu conſtare, quòd venditor culpam commiſerit, non adhibendo debitam cuſtodiam. Leges audiamus. [Lectos emptos ædilis cùm in via publica poſiti eſſent, concidit, ſi traditi eſſent emptori, aut per eum ſtetiſſet, quominùs traderentur, emptoris periculum eſſe placet: eumque cum ædili, ſi id non Iure feciſſet habiturum actionem legis Aquiliæ, aut certè cum venditore ex empto agendum eſſe, ut el actiones ſuas, quas cum ædili habuiſſet, ei præſtaret. Quodſi neque traditi eſſent, neque emptor in mora fuiſſet, quominus traderentur, venditoris periculum erit.] Cur? quia poſuit lectos in via publica: atqui culpa eſt, & quidem lata, rem alteri obligatam exponere injuriis in via publica.

Dices cum Borero: Ædilis commiſit injuriam conſcindendo lectos: ergo venditor non eſt in culpa. Inepta protſus conſequentia, perinde ac ſi diceres: Depoſitarius rem depoſitam relinquit in cubiculo januis apertis, & nemine præſente, & fur auferendo facit injuriam: ergo Depoſitarius nullam culpam commiſit.

47. Objiciunt 4. Ex lege 15. §. 1. *eod.* Sed lex non eſt ad propoſitum, quia non loquitur de re vendita in ſpecie, ſed de genere vendito, nempe de trabibus venditis in genere: quia verò emptor ex cumulo trabium aliquas trabes ſignaverit, lex infert fuiſſe traditas. [Materia empta ſi furto periiſſet, poſtquam tradita eſſet, emptoris eſſe periculo reſpondit, ſi minùs, venditoris: videri autem trabes traditas, quas Emptor ſignâſſet.] Porrò gloſſa notat, in hac lege per *Materiam* intelligi *Calcem*, quæ in genere empta erat. quando autem genus emptum perit, periculum ad venditorem ſpectare dicetur ſeq. Concluſione.

Objiciunt 5. ex lege 39. §. 1. ff. de ſolutionibus, ubi à regula generali, quòd periculū pertineat ad venditorem, excipitur caſus, nempe quòd tunc pertineat ad emptorem, quando merx depoſita fuit apud eum, quem emptor elegit, & hoc ideo, quia ſibi imputare debet, quòd talem elegerit. atqui exceptio firmat regulam in caſibus non exceptis. ℞. Hanc legem admodum imperitè ab adverſariis adduci, quandoquidem potiùs apertè noſtram ſententiam continet, & non de mercis, ſed de pretii periculo loquatur, cùm recurrit ad electionem perſonæ apud quam deponeretur. Textus ità habet. [His conſequens eſſe puto, ut, etiamſi & emptor nummos, & venditor mercem, quòd invicem parùm fidei haberent, depoſuerint, & nummi emptoris periculo ſint, NB. utique ſi ipſe eum, apud quem deponeretur, elegerit, & nihilominus merx quoque: NB. quia emptio perfecta eſt.] Ecce! in hoc caſu periculum tam pretii, quàm mercis eſt penes emptorem, ſed ex diverſis cauſis: pretii, quia elegit, mercis verò etiam ideo, quia contractus eſt perfectus.

Objiciunt ultimò. Si periculum pertineret ad emptorem etiam poſt ſolutum pretium, tunc etiam periculum pertineret ad eum, qui ex contractu innominato *Do ut des*, ſolvit, & poſtea perit quod alter debet. conſequens eſt contra legem *l. fin. ff. de condict. ca. da ca. non ſec*: ibi. *& ideo ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum quod tibi dedi, ut mihi Stichum dares*. ℞. Hunc textum loqui de caſu quo Stichus tempore celebrati contractûs erat mortuus, & ideo contractus erat nullus. Ità quidem Harpprecht reſpondet. Gloſſa tamen & alii volunt, in hac lege conſtitui diſparitatem inter Venditionem & contractum innominatum, quòd in iſto non amittatur res tradita ſicut in priore. & hæc reſponſio eſt conformior textui. Nam Celſus infert poſſe repeti quod datum eſt, ex eo, quia non eſt Venditio, ſed contractus innominatus, qui non pariat aliam actionem, quàm *Condictionem causâ datâ causâ non ſecutâ*.

48. DICENDUM. 2. Quando contractus eſt conditionatus, ſi pereat res vendita ante conditionem impletam, perit periculo Venditoris. Ratio eſt, quia Contractus necdum eſt perfectus, ſed adhuc in ſuſpenſo.

49. DICENDUM. 3. Si verò pendente conditione non perit tota res vendita, ſed deterioratur, aut minuitur tantùm, & poſtea purificatur conditio, tunc contractus valet, & retrotrahitur ad tempus conventionis, & damnum eſt emptoris, quia perinde eſt, ac ſi jam tunc fuiſſet ità conſtituta ſeu deteriorata. *l. 8. pr. ff. de peric. & com.* ibi. [Quodſi ſub conditione res venierit, ſi quidem defecerit conditio, nulla eſt emptio. quòd ſi extiterit, Proculus & Octavenus emptoris eſſe periculum aiunt, idem Pomponius l. 9. probat.] Ex qua lege colligunt Rebellus, Molina & Palao, quòd Emptor non poſſit ullam pretii diminutionem facere, alioquin contractus mutaretur.

Hinc conſequenter Iure conſtitutum eſt, ut ſi aliquid venderetur ad futuram explorationem, v. g. guſtationem vini, probationem equi &c: tunc ante poſitam explorationem (dummodo emptor non ſit in mora) contractum non eſſe perfectum, quia cenſetur eſſe conditionalis, adeoque periculum ad Venditorem ſpectabit.

ctabit. *l. 1. ff. de peric. & com. rei ven.* [Si vinum venditum (ſubintellige ad corpus, ut infrà explicabitur) acuerit, vel quid aliud vitii ſuſtinuerit, emptoris erit damnum : quemadmodum ſi vinum eſſet effuſum &c. Sed ſi venditor ſe periculo ſubjecit, in id tempus periculum ſuſtinebit, quoad ſe ſubjecit. quodſi non deſignavit tempus, eatenus periculum ſuſtinere debet, quoad deguſtetur vinum, videlicet, quaſi tunc pleniſſimè veneat, cùm fuerit deguſtatum &c: ſed ſi nondum ſunt deguſtata vina, ſignata tamen ab Emptore vaſa, vel dolia, conſequenter dicetur, adhuc periculum eſſe venditoris, niſi ſi aliud convenit.] Ex qua lege videri quidem poſſet, hanc conditionem deguſtationis ſemper ſubintelligi, etamſi non fuerit in contractu expreſſa. Verùm hoc magìs declaratur in lege 4. §. 1. *eod.* ibi [Ex boc apparet, ſi non ità vinum venit, ut deguſtaretur, neque acorem neque mucorem venditorem præſtare debere, ſed omne periculum ad emptorem pertinere: difficile autem eſt, ut quisquam ſic emat, ut ne deguſtet. quare ſi dies guſtationi adjectus non erit, quandoque deguſtare emptor poterit, & quoad deguſtaverit, periculum acoris & mucoris ad venditorem pertinebit, dies enim guſtationi (hìc videtur omiſſa particula *Non*, ut notat Gotifredus) præſtitutus, meliorem conditionem emptoris facit.] Itaque præſumitur emptor voluiſſe ſuſpendere contractum in tempus proximè commodum deguſtandi, vel quando fuerit monitus à venditore.

50. DICENDUM 4. Si res, quæ numero, pondere vel menſurâ conſtare dicuntur, vendantur per *averſionem*, ut Iura loquuntur, vulgò *Iberhaupt.* v. g. integrum vini dolium, totus grex ovium, totus iſte acervus tritici, &c: periculum eſt penes emptorem poſtquam contractus eſt perfectus, independens ab aliqua conditione expreſſa, vel tacitè ſubintellecta. Conſtat ex Iuribus adductis. Quodſi quæras, cur talis emendi modus dicatur *per averſionem*: aliqui reſpondent, quia emptor videtur inattentè & non ſatis conſideratè agere. alii meliùs dicunt inde deſumi, quòd Venditor omne periculum à ſe in emptorem avertat.

51. DICENDUM 5. Si vendatur v. g. ex certo & deſignato dolio ſolummodo aliqua portio. v. g. duæ urnæ, ex determinato grege decem oves, ex deſignato acervo ſex modii, pro pretio certo ſingularum urnarum, ovium, modiorum, periculum manet penes venditorem, quamdiu non fuerint urnæ menſuratæ, oves traditæ &c : Ratio eſt, quia in his contractus non eſt abſolutus, nec perfectus, ſed ſuſpenſus donec res vendita fuerit adnumerata, admenſa, appenſa &c, *l. 35. §. 5. ff. de contr. empt.* [In his quæ pondere, numero, menſuráve conſtant, modò ea ſervantur, quæ in cæteris, ut ſimul atque de pretio convenerit, perfecta venditio : modò ut etiam ſi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quàm ſi appenſa, admenſa, adnumeratave ſint.] *l. 2. C. de peric. & com. rei ven.* [Cùm convenit, ut ſingulæ amphoræ vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfectâ etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram menſuræ faciendæ non interpoſuit, non fuit.] *l. 35. cit. §. 7. ff. de contr. empt.* [Sed & ſi ex doleario pars vini venierit, velut metretæ 100. veriſſimum eſt, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere. nec intereſt unum pretium omnium 100. metretarum, an ſemel dictum ſit, an in ſingulos eos.]

CONTROVERSIA X.

Quandonam cenſeatur res conſtans numero, pondere aut menſurâ, eſſe vendita ad Corpus, vel ad Quantitatem, & quid in utroque caſu Iuris quoad rei periculum.

SUMMARIUM.

QVandonam fiat venditio ad corpus vel ad menſuram. 52.

Alia ejusdem diverſitatis explicatio. 53.

Triplex difficultas ex hac diverſitate reſolvenda proponitur. 54.

Qualis præſumenda intentio, quando venditio incepit à corpore. 55.

Quidſi conſtet, quantitatem fuiſſe adjectam per modum demonſtrationis absque reſtrictione. 56.

Quidſi quantitatis expreſſio facta à venditore, fuit emptori cauſa emendi pro tanto pretio. 57.

Intellectus legis 13. §. 14. ff. de actionibus. eod.

Quidſi in venditione per averſionem quantitas expreſſa minor eſt, quàm quæ reverà ineſt corpori. 59.

Quidſi exceſſus non faceret, ut res vendita ſuperaret juſtum pretium. 60.

Quidſi in venditione alicujus totius corporis conſtituatur certum pretium in ſingulas partes. 61.

Intellectus legis 34. §. 6. ff. de contrah. empt. 62.

52. RES conſtans numero, pondere aut menſurâ, tota ſimul vendi poteſt, cum expreſſione aliqua quantitatis adjecta. & hoc duplici modo : nempe vel ad Corpus, vel ad Quantitatem ſeu ad menſuram. Tunc ſit venditio talis rei cum adjecta expreſſione quantitatis *ad Corpus* potiùs, quàm *ad menſuram*, quando ex verbis contrahentium colligitur, quòd quantitatis ſeu menſuræ adjectio, ſolummodo facta ſit demonſtrativè, ſeu causâ demonſtrandi, & diſtinguendi, ſeu diſcernendi corpus venditum ab

aliis

Digitized by Google

aliis corporibus, & non animo taxandi ipſam ſubſtantiam corporis. v.g. ſi quis dicat: [vendo tibi prædium Tuſculanum, quod eſt 100. jugerum, vel virgarum. Vendo tibi hunc dolium vini, quod eſt decem urnarum &c:] Quo caſu quia quantitas non eſt appoſita reſtrictivè, quaſi venditoris intentio eſſet, non plura jugera quàm centum vendere, ſed demonſtrativè, quaſi per modum diſcernicul, ideo cenſetur prædium venditum, ſive major ſive minor numerus inveniatur, & dicitur venditum *ad Corpus*, ſeu *per averſionem*.

Econtra, quando Quantitas exprimitur tanquam Reſtrictiva & taxativa, dicitur res vendita *ad Menſuram* v.g. *Vendo tibi ex tali agro decem jugera*, decem urnas hujus dolii: Quo caſu ſi inveniantur plura jugera aut urnæ, non cenſetur exceſſus venditus.

53. Hunc duplicem vendendi modum Iuriſtæ paulò aliis verbis declarant & ab invicem diſtinguunt. Ad Corpus, inquiunt, ſive ſpeciem res vendi dicitur, ſi conventio à corpore ſive ſpecie incipiat, & unum pretium pro ipſo corpore ſive ſpecie exprimatur, etiamſi poſtea quantitas adiiciatur. v.g. [Vendo tibi Fundũ Tuſculanum floreris mille, qui eſt jugerum centũ.] Ad Quantitatem verò dicunt rem vendi, ſi conventio à Quantitate, velut pondere, numero aut menſurâ, incipiat, & pro ſingulis ponderibus, numeris vel menſuris ſingula pretia exprimantur. Ità Bocerus. Alii tamen non requirunt, ut ſingularum menſurarum pretia exprimantur, dummodo à Quantitate incipiat venditio. v. g. vendo tibi 100. jugera hujus fundi. Verùm, benè monet P. VVadingus, in his caſibus judicandis Iudicem debere eſſe doctum & prudentem, ut ex verbis præſumere poſſit mentem contrahentium, nec præcisè attendat ad materialem collocationem verborum, ſed ad ſenſum, qui etiam ex tranſpoſitis verbis aliquando colligi poteſt. Quantùm enim interſit, an Venditio facta ſit ad Corpus vel ad Quantitatem, conſtabit ex dicendis. Quare potiùs ad intentionem contrahentium reſpiciendum eſt, an taxativè, vel tantùm demonſtrativè adjecta ſit Quantitas, ut communiter explicant Theologi. Molina, Lugo, VVadingus, & alii.

54. Ut ergo utilitas & neceſſitas hujus diverſi modi vendendi plenè percipiatur, triplex difficultas ex hoc diſcrimine reſolvenda erit. Prima eſt, an & quando cenſeatur vendita res tota prout à parte rei ſe habet, vel non tota, quia v. g. major eſt ager, quàm 100. jugerum, ac proinde an & quando poſſit venditor exceſſum ſibi reſervare. Secunda, an ſi res ſit major vel minor, quàm fuerat per adjectam quantitatem expreſſa, ſi tamen unum pretium fuit à principio conſtitutum, poſtea pretium ſit variandum, augendum, vel minuendum. Tertia & præcipua difficultas eſt, ad quem ſpectet periculum, ſi pereat, antequam ſit dimenſa res vendita, præſertim ſi tota res quidem vendita eſt, v.g. totus ager, ſed pretium fuit conſtitutum in ſingulas partes menſurantes, v.g. in ſingula jugera. Harum inquam difficultatum reſolutio pendet ex eo, an venditio fuerit facta ad Corpus, an ad Quantitatem, ſpectatâ intentione contrahentium.

55. QUÆRITUR ergo 1. Qualis præſumenda ſit fuiſſe intentio contrahentium, quando venditio incepit à corpore, ſed ſtatim fuit adjecta quantitas, & conſtitutum pretium unum in totum corpus, v.g. dicendo: vendo tibi fundum inter talia confinia conſtitutum, habentem 10. jugera, pro 100. fl. an inquam præſumendum ſit, quòd quantitas fuerit adjecta demonſtrationis causâ, adeoque venditio ſit ad corpus, vel an præſumendum ſit, quòd fuerit adjecta quantitas cum reſtrictione ad illam, ità ut ſi plura jugera eſſent, non niſi decem tamen vendita cenſerentur. Communis eſt ſententia, præſumi venditionem factam eſſe ad Corpus, & totum agrum eſſe venditum, nec poſſe ſibi venditorem aliqua jugera retinere. Et ſi aliqua jugera evincerentur, teneretur de evictione, etiamſi relinqueret decem jugera. An autem pretium ſit augendum, eſt alia quæſtio. Itaque

56. DICO 1. Si conſtaret, quantitatem fuiſſe purè putè per modũ demonſtrationis adjectam, & absque omni reſtrictione ad quantitatem, tunc qualiscunque exceſſus vel defectus in quantitate reperiretur, eſſet ſolvendum pretium à principio conſtitutum (intellige niſi læſio eſſet ultra dimidium juſti pretii, de quo infrà) & nec minuendum ob defectum, v.g. ſi tantùm eſſent 9. jugera, nec augendum, ſi excederet. Ità P. Molina *diſp. 367. n. 9.* alios non cito, quia Iuriſtæ plerique ſatis obſcurè loquuntur, & diſtinguenda non ſatis diſtinguunt, ut idem Author notat in fine numeri 4. Dixi: *ſi conſtaret*. Nam cenſeo verum eſſe quòd tradit P. Molina lo. cit. quòd contrahentes vix unquam ſoleant quantitatem merè ad demonſtrandam rem adjicere, cùm ſint alii faciliores modi deſignandi individuum rei venditæ, adeoque potiùs cenſeri debent adjicere eam aliqua alligatione, quæ tamen alligatio non inferat venditionem *ad menſuram*, ſed ſtet cum venditione *per averſionem* ſeu *ad corpus*, ut ex dicendis conſtabit.

Concluſio probatur, quia talis adjectio quantitatis eſt impertinens, ut ſupponitur, & perinde factus eſſet contractus, etiamſi nulla quantitas fuiſſet expreſſa, ſed fundus aliis ſignis demonſtratus: ergo non eſt ratio, cur pretium varietur, etiamſi in quantitate ſit erratum, modò non ſit erratum in corpore, adeoque contractus ſubſiſtat.

57. DICO 2. Si quantitatis expreſſio facta à venditore fuit emptori cauſa emendi pro tanto pretio, (in quem finem communiter adji-

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

citur, & ità potiùs præſumetur adjecta, dicitúrque adjecta eſſe tanquam *Modus* rei venditæ) tunc ſi minor quantitas reperietur, venditor teneretur minuere pretium cum debita proportione, non obſtante, quòd in hoc caſu adhuc venditio ſit per averſionem, & ad corpus, quatenus unum pretium eſt conſtitutum, & venditio incepit à corpore, fuitque intentio vendendi & emendi totum corpus, quæcunque ſit ejus quantitas, major an minor illâ, quæ fuit adjecta. adhuc, inquam, eſſet venditio ad corpus in ordine, ſcilicet ad alium Iuris effectum, nempe quoad periculum, ut patet ex ſuprà dictis præced. Contr. Concl. 4. Probatur. Et quidem ſi venditor ſcivit eſſe minorem quantitatem illâ, quam ipſe finxit, jàm dolus dedit cauſam contractui, & ideo eſt reſcindibilis ad inſtantiam læſi: vel ſi dolus tantùm eſt incidens, eò quòd nihilominus emiſſet, adhuc tamen remittendum eſt pretium, quia emptor non tanto, ſed minore pretio emiſſet. Quodſi venditor neſcivit, adhuc tamen tenebitur remittere de pretio, quia intentio fuit alligare tantũ pretium tantæ quantitati, & quòd minus pretium adjeciſſet, ſi ſciviſſet minorem eſſe quantitatem: & quotidiana experientia hoc docet. Exemplum obvium, & frequens eſt in emptione chordarum, nam ſolet unum ligamen ſeu faſciculus vendi ad *averſionem*. uno Imperiali, & talis faſciculus dicitur continere 100. particulas: quodſi venditorib[9] demonſtretur, eſſe pauciores, ſine ulla replicâ diminuunt pretium. Ergo agnoſcunt ſe ex vi contractûs, & intentionis ad hoc obligari. Idem ſæpè contingit in emptione imaginum, Roſariorum, &c.

Confirmatur ex lege 13. §. 14. *ff. de actionibus empti*, qui ſic habet. [Si Titius fundum in quo nonaginta jugera erant, vendiderit, & in lege emptionis dictum eſt, in fundo centum eſſe jugera, & antequam modus manifeſtetur, decem jugera alluvione accreverint, placet mihi (inquit Ulpianus) Neratii ſententia, exiſtimantis, ut ſiquidem ſciens vendidit, ex empto actio competat adversùs eum, quamvis decem jugera accreverint, quia dolo fecit, nec dolus purgatur: ſi verò ignorans vendidit, ex empto actionem non competat.] Qui textus tametſi videri poſſet eſſe contrarius concluſioni, eum tamen P. Molina ſubtiliter interpretatur in favorem concluſionis, nempe quòd Juriſconſultus ex æquitate judicaverit, venditorem non poſſe ad minuendum pretium conveniri, quia decem jugera accreverunt. Ergo, ſi non accreviſſent, poſſet conveniri. Neque poteſt ſuſtineri interpretatio Bartoli & gloſſæ, quaſi textus loquatur de venditione facta ad menſuram. Nam ſi hoc eſſet, venditor ne quidem ratione doli conveniri poſſet, quia defectum compenſaret per incrementum ex alluvione, quod ad ipſum ſpectaret.

Cæterùm, negare non poſſum, quin & Molinæ interpretatio divinatoria videri poſſet, nam in textu nullum verbum eſt, quod dicat, ex æquitate tantùm, & propter alluvionem negari actionem. Verùm, niſi hæc interpretatio admittatur, pugnabit textus cum aliis ſtatim referendis. Certè hoc textu non utuntur adverſarii, ut videre licet apud Fachineum, qui eorum argumenta refert *c.* 27. *lib.* 2.

58. Confirmatur deinde Concluſio ex lege 4. §. 1. ff. de act. Empti. *Si modus agri minor inveniatur, pro numero jugerum Auctor* (id eſt venditor) *obligatus eſt; quia ubi modus minor invenitur, non poteſt æſtimari bonitas loci*, &c. *ideoque his caſibus pro bonitate loci fiet æſtimatio.*

Confirmatur 3. ex lege 42. *ff. eod.* ubi caſus aptus refertur. [Si duorum fundorum venditor ſeparatim de modo cujusque pronuntiaverit, & ità utrumque uno pretio tradiderit, & alteri aliquid deſit, quamvis in altero exſuperet, fortè ſi dixit, unum centum jugera, alterum ducenta habere, non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, ſi in altero decem deſint.] In eadem lege ſequuntur alia verba idem clarè confirmantia, quæ commodiùs poſtea referam.

59. DICO 3. Quando in venditione per averſionem quantitas expreſſa minor eſt, quàm quæ reverâ ineſt corpori, & quidem eſt exceſſus tam notabilis, ut ſuperet propterea fundus v. g. venditus illud pretium, quo venditus eſt, tunc emptor tenetur augendo pretium reducere ad æqualitatem, ut pretium ſit juſtum, & hoc ſaltèm in conſcientia, ut conſtabit ex dicendis infrà, de læſione partium ex venditione.

60. DICO 4. Si tamen exceſſus ille non faceret, ut fundus ſuperaret juſtum pretium, nempe quia adhuc infimo pretio poſſet ſic emi, tunc probabilius mihi eſt, quod cum pluribus contra multos (quibus favet VVadingus) docet Fachineus, nempe Emptorem non poſſe conveniri ad augendum pretium. Probatur. Si eſſet aliqua ratio, cur teneretur, eſſet hæc, quòd hoc videatur exigere æqualitas ſervanda inter venditorem & emptorem. atqui ut paulò antè dictum eſt, venditor tenetur minuere pretium, ſi minor eſt quantitas, quàm quæ fuit indicata: ergo è contra Emptor debebit augere pretium, ſi major ſit quantitas, quàm quæ eſt indicata. Verùm hæc ratio non obſtat, tum ob leges mox referendas, tum ob diſparem conditionem inter Venditorem & Emptorem. Venditor enim hoc ipſo quòd non curet inveſtigare diligentiùs in quantitatem, & ideo erret, non cenſetur hunc errorem curare, nec inde induci ad tale pretium taxandum, ſed eodem pretio contentus futurus, ſi major ſit quantitas, dummodo pretium adhuc ſit juſtum. Econtra Emptor allectus eſt quantitate adjectâ: ergo ſi eſt minor, Iure petit remiſſionem in pretio, quia in tantum pretium non conſenſit, niſi conditionatè: ſi tanta ſit quantitas.

Probatur nunc Concluſio Iuribus apertis, in quibus hæc ipſa diſparitas inter Emptorem, & Ven-

Venditorem indicatur. Primò in lege 42. cit. ibi. [Nec enim hic, quod ampliùs in modo invenitur, quàm alioquin dictum eſt, ad compendium Venditoris, ſed NB. ad emptoris pertinet: & tunc NB. tenetur Venditor cùm minus modus invenitur.] Deinde habetur in l. 38. *ff. eod. Si venditor hominis dixit, peculium eum habere decem, nec quemquam adempturum* (ex quibus verbis colligitur, quòd fiat venditio *per averſionem* & ad corpus) *etſi plus habet, totum præſtet, (niſi hoc actum eſt, ut duntaxat decem præſtaret) ſi minus eſt, præſtet eſſe decem.*

Reſtat tertia difficultas examinanda de periculo, ad quem pertineat; ſeu, quod idem eſt, ſitne Venditio ad corpus, (adeoque periculum pertineat ad emptorem) vel potiùs ad menſuram, (adeoque periculum pertineat ad venditorem) ſi in Venditione alicuius corporis totius, v. g. totius gregis, totius dolii, totius acervi, conſtituatur certum pretium in ſingulas oves, urnas aut amphoras, modios, &c. adeoque ſi ante traditionem & menſurationem, vel pereat, vel diminuatur, ſine culpa Venditoris, damnum ſpectet ad Emptorem, an ad Venditorem.

Prima ſententia vult eſſe Venditionem ad Corpus, ac proinde damnum eſſe Emptoris. Ità Baldus & Caſtrenſis. Sed Contraria eſt longè communior, non tamen indubitabilis, ut dixit Molina. Ex Iuriſtis expreſſiùs eam tenent Covarr: Lopez & Arnoldus Rath. th. 61. Bocerus. *n. 21. & ſeq.* Pinellus. *c. 2.*

61. DICO cum hac ſecunda Opinione, & Iuri & Rationi eam eſſe conformem, ut tunc periculum ad Venditorem ſpectet, eò quòd Venditio ad menſuram facta cenſeatur. Probatur imprimis ex Iure. *l. 2. C. de periculo & com. rei vend.* [Cùm convenit, ut ſingulæ amphoræ Vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfectâ etiam tunc venditione, periculum vini mutati emptoris, qui moram menſuræ faciendæ non interpoſuit, non fuit. Cùm autem univerſum quod in horreis erat poſitum, venisse ſine menſura, & claves Emptoribus traditas alleges, poſt perfectam venditionem quod vino mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet.]

Probatur. 2. Ratione. Nam adjectione pretii in ſingulas partes, præſumitur facta Venditio ſub conditione, *ſi numeratio, admenſio, vel ponderatio intercoſſerit*: ut ſatis clarè dicitur *lege 35. §. 5. & 6. ff. de contr. empt.* ibi. [Quodſi vinum ità venierit, ut in ſingulas amphoras: item oleum, ut in ſingulas metretas: item frumentum ut in ſingulos modios: item argentum ut in ſingulas libras certum pretium diceretur: quæritur, quando videatur emptio perfici, quod ſimiliter ſcilicet quæritur, & de his quæ Numero conſtant, ſi pro numero corporum pretium fuerit ſtatutum. Sabinus & Caſſius tunc perfici Emptionem exiſtimant, cùm adnumerata, adpenſa, admenſa ſint. quia NB. Venditio quaſi ſub hac conditione videtur fieri, ut in ſingulas metretas, aut in ſingulos modios, quosve admenſus eris: aut in ſingulas libras quas appenderis, aut in ſingulas libras quas appenderis, aut in ſingula corpora quæ adnumeraveris. §. 6. Ergo & ſi grex venierit, ſi quidem univerſaliter uno pretio, perfecta videtur, poſtquam de pretio convenerit, ſi verò in ſingula corpora certo pretio, eadem erunt, quæ proximè tractavimus.]

62. Objici poſſet cum Card. de Lugo, Caſus qui habetur in lege 34. *§. 6. ff. h. t.* [Si emptio ità facta fuerit: eſt mihi emptus Stichus aut Pamphilus: in poteſtate eſt venditoris quem velit dare: ſicut in ſtipulationibus: ſed uno mortuo, qui ſupereſt, dandus eſt, & ideo prioris periculum ad venditorem, poſterioris ad emptorem reſpicit: ſed & ſi pariter deceſſerunt, pretium debebitur, unus enim utique periculo emptoris vixit.] Ergo etiam idem dicendum eſſet, quando emeres decem pecora ex Grege Petri, ut ſi totus Grex periret, periculum eſſet Emptoris, & pretium ſolvere deberet: quia videntur emi disjunctim, hæc decem, vel illa, vel illa decem: ergo ſicut ſi perirent omnia usque ad decem, hæc decem deberentur, ità ſi hæc etiam ultimò perirent ante traditionem, periculum emptoris eſſet non venditoris. Reſpondet ipſe Cardinalis, & ex eo Arnoldus Rath (vocans hanc objectionem *ſubtilem, inſignem, & infeſtam*; in quo ſanè hic Iuriſconſultus, per totam Germaniam famoſiſſimus, ſpecialiter æſtimandus eſt, & reverâ æſtimatur, quòd non abhorreat, aliorum more, à lectione ſubtiliorum Thelogorum) reſpondet, inquam Lugo, diſcrimen eſſe, quòd quando disjunctim emitur ſervus alter ex duobus, abſolutè emitur, quare ultimus ſuperſtes abſolutè jam & determinatè emptus eſt. Quando verò emitur res ad menſuram, vel numerationem, non emitur abſolutè (ut jam dictum) ſed ſub conditione: ſi numeretur vel menſuretur: quare ante numerationem venditori ſoli perit.

Ex dictis patet, in hac intricatiſſima materia, pleraque pendere ex præſumpta intentione Contrahentium, quibus proinde, ſi velint ſecuri eſſe, conſulendum eſt, ut in contractu ipſo ſuam intentionem benè declarent, & ea in pactum deducant, quæ ſibi poſſent periculum creare, ſi in pactum deducta non eſſent.

CON-

CONTROVERSIA XI.

Quid Iuris circa fructus rei Venditæ.

SUMMARIUM.

VT dominium rei venditæ transferatur in emptorem, quid requiratur. 63.

Fructus tempore perfecti contractûs pendentes, ſunt emptoris. 64.

Variæ illationes ex poſita aſſertione. eod.

Ad quem pertineant fructus, qui primùm exorti ſunt poſt contractum perfectum, necdum translato dominio. 65.

Quouſque juris fictione Emptor ſit Dominus rei emptæ. eod.

An fructus pendentes tempore contractûs immaturi, ſi poſtmodum matureſcant, quoad totum valorem pertineant ad emptorem. 66.

Ponderatio legis 13. §. 19. & 20. ff. de act: empti. & legis 5. C. eod. *earúmque conciliatio.* 68.

Ad quem ſpectet theſaurus, ſi inveniatur à famulo venditoris in fundo vendito, ſed necdum tradito. 69.

Diſcrimen inter dominium mariti & emptoris civile. 70.

63. PRæmittendum eſt, Venditorem manere Dominum rei venditæ etiam poſt perfectum contractum, adeo, ut ad dominii translationem ne quidem nuda traditio ſufficiat, ſed requiratur inſuper unum ex ſequentibus, nempe, ut vel emptor pretium ſolverit, vel illud de præſenti offerat, vel cautionem fidejuſſoriam aut pignoratitiam præſtet, vel venditor fidem emptoris ſequatur. quocunque horum deficiente non eſt translatum dominium, quia traditio facta proceſſit ex intentione conditionata: ſi aliquid ex his præſtitum fuerit. §. 42. *I. de R. D.* [Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur; quàm ſi is venditori pretium ſolverit, vel alio modo illi ſatisfecerit: veluti expromiſſore, aut pignore dato: ſed ſi is qui vendidit, fidem emptoris ſecutus fuerit, dicendum eſt, ſtatim rem emptoris fieri.] Item *l.* 5. §. 18. *ff. de tributor. act.* ibi. *Quia res venditæ non aliàs deſinunt eſſe meæ, quamvis vendidero, niſi ære ſoluto, vel fidejuſſore dato, vel aliàs ſatisfacto.* Suſpicor, in hoc textu pro *vendidero*: legendum eſſe: *tradidero.* alioquin idem repetitur. Hoc ſuppoſito

64. Quamvis alioquin ſit Regula generalis, quòd unaquæque res fructificet Domino ſuo, in Contractu tamen emptionis eſt in hoc puncto aliquid ſpeciale. Et imprimis eſt Regula, quòd *ſi poſt emptionem fundo aliquid per alluvionem acceſſerit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus eſſe debet, cujus periculum eſt.* §. 3. *I. h. t.* Quoad fructus autem eſt diſtinguendum. Et quidem ſi inter contrahentes convenisſet, cujus vellent eſſe fructus, ſive pendentes, ſive naſcituros, conventioni ſtandum eſt, ut patebit ex Iuribus mox adducendis. Nullâ factâ conventione,

Regula eſt. Fructus tempore perfecti contractûs pendentes, tam maturi, quàm immaturi, ſunt emptoris, eique cum re ipſa tradendi. *l.* 13. §. 10. *ff. de act. empt.* *Si fructibus jam maturis ager diſtractus ſit, etiam fructus emptori cedere, niſi aliud convenit, exploratum eſt. l.* 13. *C. eod.* [Fructus poſt perfectum Iure contractum emptoris ſpectare perſonam convenit, ad quem & functionum gravamen pertinet. Venditor quoque pretium tantùm, ac, ſi mora interceſſiſſe probetur, uſuras officio Iudicis exigere poteſt.] Quodſi tamen venditor poſt perfectum contractum feciſſet aliquas expenſas in commodum fructuum, refundendæ ſunt. *l.* 16. *eod.* [Poſt perfectam venditionem, fœtus quidem pecorum emptori, venditori verò ſumptus, ſi quos bonâ fide fecerit, reſtitui debere, notiſſimum eſt.]

Ratio reddi ſolet. Quia fructus pendentes cenſentur pars fundi. *l.* 44. *ff. de rei vindic. Fructus pendentes pars fundi videntur.* Ergo empto fundo cenſentur & fructus empti. Ex hac tamen ratione licet inferre, quòd quidquid non eſt pars rei venditæ, non pertineat ad emptorem: nam contrarium conſtabit ex dicendis.

Illud tamen ex ratione poſita benè infertur contra Angelum & Sylveſtrum, fructus pendentes pertinere ad emptorem, etiamſi pretium ipſe necdum perſolverit, nec venditor ejus fidem ſecutus fuerit.

Deinde infertur 2. quòd vinea pendentibus fructibus pluris æſtimari poſſit, quàm poſtquam fructus collecti ſunt.

Infertur 3. Si vinea fuit empta pendentibus uvis, dominium autem fuerit primùm translatum poſt fructus collectos, & abſolutam vindemiam, ſi illos non eſt conſecutus emptor, ſed venditor, detrahendum eſſe de pretio conſtituto, quanti fructus tempore contractûs pendentes æſtimabantur.

Infertur 4. Si domus, priusquam venderetur, fuit alteri pro penſione elocata, & tempus necdum eſt elapſum, tunc pro temporis portione dividenda eſt penſio inter venditorem & emptorem, nam quæ reſpondet tempori jam elapſo ante contractum, ad venditorem ſpectat, ſicut fructus percepti ante contractum; quæ verò reſpondet tempori reſiduo, ad emptorem ſpectat: quia jam illi debetur uſus domûs, & fructus inde provenientes. Penſio enim reſpondet fructibus. Quodſi vinea locata fuiſſet, tempore autem venditionis necdum fuiſſet tempus percipiendi fructus, adeoque conductor necdum fructus ullos percepiſſet, tunc equidem temporis elapſi nulla haberetur ratio, ſed tota penſio pro fructibus ſolvenda ad emptorem ſpectaret. Quodſi partim fructus percepti fuiſſent, partim non, pro fructuum proportione (quomodocunque ſe habeat tem-

tempus elapſum ad tempus reſiduum) penſio inter venditorem & emptorem dividenda erit. Porrò, actio exigendi penſionē, competit venditori, tanquam locatori, qui tamen poſtea emptori, quod ad ipſum ſpectat, reſtituet.

65. Controverſia magna eſt, tam inter Legiſtas, quàm inter Theologos, ad quem pertineant fructus, qui primùm nati ſunt aut exorti poſt contractum perfectum quidem, ſed necdum tranſlato dominio. Pertinere ad venditorem tenent communiter Juriſtæ, quos ſequitur Molina, & ex Molina ſupponit Lugo. Vnde inferunt (& quidem conſequenter, ſi eorum ſententia vera ſit) juſtum eſſe contractum, ab omni uſuræ labe immunem, ſi venditor rei venditæ dominium in emptorem transferat per traditionem, adjecto pacto, ut dum moram traxerit ſolvendi pretium, vel partem pretii, reſtituat æſtimationem perceptorum fructuum ſecundùm proportionem pretii non ſoluti, deductis tamen expenſis. Ratio eſt, quia cùm ſecundùm horum opinionem fructus poſtea nati ad venditorem ſpectarent, ſi dominium non transferretur rei venditæ, poteſt eorum æſtimationem in pactum deducere, ſi pretium non ſolvatur. Eandem ſententiam tenet in terminis Rebellus, quem P. Laym. malè citat pro contraria ſententia *l. 9. q. 16. ſ. 1. n. 5.* eandem tenet Bonacina hîc, qui tamen malè citat (ſicut & Dicaſtillo) Leſſium, nam Leſſius expreſsè contrarium docet. Ex Juriſtis eam maximè propugnat (qui etiam Theologos induxit) Covarruvias *var. reſ. c. 15. n.* 2. & alibi. Anton. Gomez *c. 2. n.* 11. eandem ſupponit, ſed non diſputat. Fachineus c. 31.

Contrariam ſententiam, quòd omnes illi fructus ad emptorem pertineant, tenent ex Theologis Leſſius, poſt Roſellam, Armillam, Lopez, Petrum Navar. item tenet P. Dicaſtillo *d.* 1. *dub.* 2. *n.* 135. ubi plures alios citat. Sed hic Author eſt ſatis ambiguus. Item eandem tenent Layman & Palao. Ex RR. Juriſtis eam in terminis tenet Jo: Harpprecht *§. I. h. t. n.* 25. & ſupponit Arnoldus Rath *ib.* 63. quod colligo ex ijs quæ diſputat de theſauro tunc temporis invento, quem vult eſſe Emptoris, ut infrà dicam.

Hæc ſecunda ſententia, quam video Recentioribus magìs placere, & clarioribus Iuribus firmari, mihi quoque probabilior videtur, & etiam rationi conformior. Probatur autem 1. ex lege 13. §. 18. *ff. de actionib. Empti.* ubi dicitur, ad Emptorem pertinere, quidquid ſervus ante traditionem ex operis ſuis acquiſivit, vel alio modo. [Si quid ſervo diſtracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque reſtitui debet: hæreditates quoque per ſervum acquiſitæ, & legata omnia: nec diſtinguendum eſt NB. cujus reſpectu iſta ſint relicta. Item quod ex operis ſervus præſtitit venditori, emptori reſtituendum eſt, niſi ideo dies traditionis pacto prorogatus eſt, ut ad venditorem operæ pertinerent.] Deinde lex 13. C. eod. ſine ullo diſcrimine inter fructus natos, & naſcituros loquitur, & rationem etiam deciſionis pulchrè inſinuat. [Fructus poſt perfectum jure contractum emptoris ſpectare perſonam convenit, ad quem NB. & functionum gravamen pertinet. Venditor quoque pretium tantùm, ac ſi mora interceſſiſſe probetur, uſuras officio Iudicis exigere poteſt.] Eodem modo lex penultima eodem titulo loquitur indifferenter de fœtibus pecorum venditorum, ſive jam fuerint tunc concepti, cùm contraheretur, ſive poſtea.

Confirmatur etiam à paritate aliorum emolumentorum, quæ licèt fructus non ſint, cum fructibus tamen comparantur, quatenus ad eum pertinent, ad quem fructus pertinent, v. g. quod fundo per alluvionem accedit ante tranſlationem dominii, emptoris commodo cedit, ut patet ex Iuribus ſuprà allatis, & fatetur ipſe Molina ibidem adductus: ergo ſi paritatem rationis, & doctrinæ conſequentiam tenere volumus, idem de fructibus poſtea natis dicendum erit.

Ratio Concluſionis eſt aperta. Nam ut Iura ſæpiùs inculcant, ſicut ad Emptorem ſpectat periculum rei emptæ, & ejuſdem deterioratio, ità & debent ſpectare commoda & acceſſiones: alioquin non ſervatur æqualitas.

Objiciunt adverſarii 1. Vnaquæque Res fructificat ſuo Domino. Atqui Venditor adhuc eſt Dominus: ergo res ei fructificat. Ad hoc argumentum jam ſuprà in ſimili reſponſum eſt, quòd emptor quoad hos effectus ſit Dominus Iuris fictione, ut tradit Arnoldus Rath, quia res eſt illi debita, ità ut periculum & deterioratio non aliter ad ipſum ſpectet, quàm ſi eſſet reipſâ Dominus. Deinde argumentum retorquetur in incremento. Nam ſicut res dicitur ſuo Domino fructificare, ità etiam dicitur ſuo Domino creſcere. Et tamen incrementum rei ad Emptorem pertinet: alioquin, ſi quis vitulum, vel pullum equinum emeret, iſque creſceret in bovem, aut equum, antequam Dominium in emptorem transferretur, incrementum ad venditorem pertineret, quod nemo dixerit.

66. Ex hac inſtantia (ut hoc obiter dicam) impugnari poteſt etiam alia doctrina ſingularis P. Molinæ n. 18. (quam Lugo non rectè tribuit Leſſio n. 100. ut attentè conſideranti, & totum legenti manifeſtum eſt) qui docet, quòd ſi fructus pendentes tempore contractûs ſint immaturi, adeoque minùs valeant, ſi poſtmodum matureſcant ante traditionem, non proptereà pertineant ad Emptorem, ſecundùm totum ſuum valorem; ſed ſolummodo ſecundùm valorem quem habebant, cùm vinea emeretur. Quam doctrinam recipit etiam Lugo n. 110. ſed cum formidine, nam illi objicit inſtantiam paulò antè allatam de incremento pecorum emptorum, quæ creſcunt ab intrinſeco, ſicut creſcunt & maturantur fructus. Conatur tamen Lugo aſſignare diſpa-

Digitized by Google

titatem, nempe quia maturatio fructuum eſt ipſius vineæ fructos, at verò incrementum pulli equini non eſt fructus alicujus rei. Sed hæc eſt diſparitas merè materialis, & Phyſicâ potiùs, quàm morali æſtimatione digna. Et ſanè mihi ex terminis inconveniens videtur, quòd ad Emptorem pertineat totum periculum tempeſtatis, pruinæ, grandinis, &c. quæ ſupervenire poſſunt, antequam fructus matureſcant, & ad eum non pertineat valor incrementi, & maturationis. Cenſeo ergo doctrinam hanc Molinæ eſſe ſubtilitatem, quæ ſervire poſſet publicis concertationibus, ad impugnandum, non ad perſuadendum.

67. Objiciunt adverſarii duas leges. Prima eſt lex 13. §. 19. & 20. *ff. de act. empti.* ubi dicitur. [Ex vendito actio venditori competit ad ea conſequenda, quæ ei ab Emptore præſtari oportet. Veniunt autem in hoc Iudicium infrà ſcripta. Imprimis pretium, quanti res venit: item uſuræ pretii poſt diem traditionis: nam cùm re emptor fruatur, æquiſſimum eſt, eum uſuras pretii pendere.] Ex qua lege diverſimodè argumentantur. Aliqui à ſenſo contrario. Ergo inferunt, ante traditionem emptor non fruitur; & ſic fructus non facit ſuos. Reſpondet Harpprecht, argumentum à ſenſo contrario non habere vim, quando ſunt Iura aperta, quibus contrarium ſtatuatur, qualia Iura ſtant pro noſtra ſententia. Addi poſſet, legem non dicere ullo verbo, quòd per traditionem fuerit translatum dominium; nam ſuprà dixi, & eſt certi Iuris, poſſe traditionem fieri, v.g. in hunc finem, ut Emptor poſſit fructus colligere, aut procurare, & tamen dominium non eſſe translatum, quia plura requiruntur ad translationem dominii, quàm traditio, quæ ibidem retuli, nempe, ut vel pretium ſit ſolutum, vel cautio præſtita, vel fides data, & acceptata. Et confirmatur ex lege 13. 19. citato. ubi dicitur, quòd etiam precaria poſſeſſio ſufficiat.

68. Alii fortiùs argumentantur, & dicunt, quòd uſuræ ibi exigantur in compenſationem fructuum: ergo fructus non lucratur Emptor. Antecedens probant; nam niſi hoc dicatur, non poſſunt illæ leges excuſari ab iniquitate uſuraria, non enim poteſt alius titulus oſtendi, ex quo uſuræ peti poſſint licitè, & ſine labe uſuræ. P. Rebellus & ex eo Palao dicunt, ideo non eſſe has leges uſurarias, quia pretii lucrum conceditur in pœnam culpæ commiſſæ ab emptore, quod ſuo tempore debito pretium non ſolverit, cùm fructus rei venditæ percipiat. Hanc pœnam poſſe excuſare ab uſura Theologica, dixi in tr. de uſura. Huic reſponſioni fortiter reſiſtit lex 5. *C. eod.* ubi idipſum ſtatuitur, (& hæc eſt altera lex, quam objiciunt adverſarii) & ponitur expreſsè Parentheſis: *licèt nulla mora interceſſerit.* Lex ità habet. [Curabit Præſes Provinciæ compellere emptorem, qui nactus poſſeſſionem fructus percepit, partem pretii, quam penes ſe habet, cum uſuris reſtituere: quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis favor (erat enim minor qui vendiderat) licèt nulla mora interceſſerit, generavit.] Reſpondent tamen citati AA. illam parentheſin eſſe intelligendam de alia mora ab ea, quam ipſo Iure incurrit emptor pretium non ſolvens, cùm rei venditæ poſſeſſionem accipiat: nam hæc eſt mora Iuris communis, & ſufficiens ad pœnam uſurarum, etiamſi nulla alia mora venditori incommoda intervenerit. Cæterùm, ad exigendas uſuras aliquam moram requiri, patet manifeſtè ex lege 13. eod. tit. *Venditor quoque pretium tantùm, ac, ſi mora interceſſiſſe probetur, uſuras officio Iudicis exigere poteſt.* Reſtat ergo difficultas illius parentheſis, quæ dicit: *licet nulla.* Mihi non occurrit alius conciliandi modus, quàm ſi dicatur, quòd illa parentheſis non ſit referenda ad priorem cauſam adductam, nempe ad fructuum perceptionem, ſed ad alteram cauſam, id eſt, ad favorem minoris ætatis. Nempe quia Minor læſus eſt, tradendo rem fruendam, vel quia non debebat tradere, & contractum abſolvere, niſi accepto pretio, vel quia non deduxit in pactum ſolutionem uſurarum pro damno emergente, & lucro ceſſante, adeoque etiamſi nulla mora theologicè culpabilis interceſſerit, modò materialis mora ſit minori damnoſa, Præſes curabit, ut uſuræ ſolvantur proportionaliter ad fructuum perceptionem ex re à Minore vendita. Vnde tamen non poteſt confici Regula generalis pro aliis. Quodſi tibi hæc non ſufficiant, dic cum Laymann & Leſſio, leges illas eſſe iniquas, quatenus uſuras illicitas admittunt.

Interpretationem Rebelli invenio magnâ authoritate firmatam apud Fachineum *lib. 2. c. 31. litt. B.* ubi plurimos Juriſtas refert, aſſerentes, ex l. *Curabit* uſuras deberi ob perfidiam Emptoris, quòd cùm rem acceperit, non exequatur id quod debet, & pretium non ſolvat. Vnde inferunt, quòd etiam deberet ſolvere uſuras, etiamſi res vendita eſſet ſterilis, & nullos fructus emptor accepiſſet. Et confirmant ex l. 2. *C. de Vſuris.* [Uſuras Emptor, cui poſſeſſio rei tradita eſt, ſi pretium venditori non obtulerit, quamvis pecuniam obſignatam in depoſiti cauſam habuerit, æquitatis ratione præſtare cogitur.] Ubi gloſſa ſupponit moram factam eſſe. Cæterùm, illatio horum Authorum difficilis eſt, & non ſatis conformis textui, qui perceptionem fructuum requirit. Quare nobis dicendum eſt, pœnam uſurarum non imponi, niſi moroſo emptori, qui tamen fructus percipit.

69. Ex hactenus diſputatis reſolvi poteſt illa curioſa quæſtio, ad quem ſpectet theſaurus (ſaltèm quoad illam partem, quæ alioquin ad Dominum fundi ſpectat) ſi inveniatur v.g. à famulo venditoris in fundo vendito, ſed necdum

traditо. Et pro Emptore pronuntiant Iuriſperiti, quos ſequitur Arnoldus Rath, ex eo fundamento, quòd ſicut periculum, ità & commodum & emolumentum, adeoque etiam theſaurus inventus ſpectare debeat ad eundem.

Neque obſtat, quòd venditor adhuc ſit Dominus. Nam, ut ſuprà dixi, in ordine ad commoda & pericula, fictione Iuris emptor eſt Dominus. Deinde venditor poſt rem venditam, ſed non traditam, inſtar creditoris habetur, & rem venditam pignoris potiùs, quàm dominii Iure tenere dicitur. *l. 13. §. 8. ff. de act. empti. Venditor enim quaſi pignus retinere poteſt eam rem, quam vendidit.* & *l. 31. §. 8. ff. de ædilit. edicto & redhib.* ibi. *Nam venditor pignoris loco quod vendidit, retinet, quoad emptor ſatisfaciat.* Ergo ſicut theſaurus in loco pignoris inventus, creditori non cedit, ità nec venditori. Et hoc quidem ex conſtitutione Iuris Civilis. Nam Iure gentium inventori cederet.

70. Objici poteſt ex lege 7. §. 12. *ff. ſoluto Matrimonio.* ubi dicitur, quòd theſaurus inventus in fundo dotali ſit uxori reſtituendus. Et tamen maritus eſt Dominus civilis ſeu fictione Iuris: uxor autem retinet dominium naturale. Ergo etiam venditori eſſet reſtituendus, qui habet dominium naturale, emptor autem ſolùm civile. Textus. *Non magìs quàm ſi theſaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur: ſed pars ejus dimidia reſtituetur quaſi in alieno inventi.* R. Eſſe grandem diſparitatem inter dominium civile mariti & emptoris, item inter naturale uxoris & venditoris. Nam dominium venditoris eſt jam in eo, ut transferatur, & dominium civile mariti eſt in eo, ut exſpiret; econtra dominium civile emptoris eſt in eo, ut conſolidetur cum dominio naturali, ſeu meliùs, ut in illud commutetur, & ſic potiùs dominio uxoris, quàm dominio mariti æquiparandum eſt.

CONTROVERSIA XII.

Quid Iuris, quando eadem res venditur in ſolidum ſucceſſivè duobus.

SUMMARIUM.

Re duobus venditâ, neutri traditâ, ſecunda venditio nullam habet vim. 71.

Si ſecundo traderetur, venditio valeret, ſed eſſet peccaminoſa. 72.

Prior tamen emptor haberet actionem ad intereſſe contra venditorem. 73.

Quid ſi ſecundus emptor eſſet conſcius fraudis. 74.

Quid ſi priori Emptori conſtituit hypothecam, & promittat ſe alteri non venditurum. 75.

Quid ſi prior Emptor ſit privilegiatus, ut dominium ſtatim transferatur. 76.

Hujusmodi privilegium habent Eccleſiæ, Civitates, Hoſpitalia, & alia pia loca. eod.

Quæſtio procedit de Venditione rei alicujus quoad ſpeciem (Philoſophis individuum) determinatæ. Nam ſi ſolùm quoad genus, & indeterminata vendita eſſet, utrique emptori quantùm fieri poteſt, eſt ſatisfaciendum: ſervatis Regulis de Ordine reſtitutionis faciendæ, traditis *tomo 1. tract. 2.*

71. DICENDUM eſt 1. Si neutri Emptori res eſt tradita, Venditio facta Secundo, & poſteriori Emptori, nullam habet Vim, nullámque inducit obligationem ad tradendam rem ſecundo: ſed tota obligatio manet tradendi primo emptori. Probatur. Non poteſt quis ſe obligare ad faciendam injuriam alicui tertio. atqui eſſet injuria primi emptoris, ſi res ipſi vendita, & ex obligatione tradenda, traderetur alteri, ut dominium transferretur in ſecundum emptorem: ergo ſecunda Venditio non poteſt inducere obligationem tradendi ſecundo. Ergo manet tota obligatio tradendi priori emptori. Hinc nata eſt regula Iuris tam Canonici, quàm Civilis. Canonici quidem c. 54. Iuris civilis verò 99. *Qui prior eſt tempore, potior eſt Iure.*

Hinc meritò Iura imponunt pœnam hujusmodi Venditoribus. *l. 21. ff. ad l. Corn. de falſis. Qui duobus in ſolidum eandem diverſis contractibus vendidit, pœnâ falſi coërcetur.*

Falſa eſt ergo ſententia plurium Legiſtarum, jam ſuprà ex hoc ipſo fundamento rejecta, quòd penes Venditorem ſit Electio, an velit primo Emptori tradere rem, vel intereſſe: ſi enim hoc eſſet, poſſet impunè nolle tradere priori, ſed ſolvere intereſſe, & ſic poſſet ſe validè obligare ſecundo emptori. cur ergo punitetur falſi quæ eſt deportatio?

72. DICENDUM 2. Si Venditor ſecundo emptori rem ità venderet, ut ſimul in eum transferret dominium tradendo, & vel pretium accipiendo, vel fidem ſequendo, vel cautionem accipiendo, valeret ſecunda Venditio, quæ tamen eſſet peccaminoſa. *l. 15. C. de Rei Vend.* [Quoties duobus in ſolidum prædium Iure diſtrahitur, manifeſti Iuris eſt, eum cui priori traditum eſt, in detinendo dominio eſſe potiorem.] Simile quid eſt in Matrimonio contracto cum ſecunda, poſt ſponſalia cum alia priùs contracta. valeret enim matrimonium, etſi graviter peccaminoſum. Sicut etiam valeret revocatio teſtamenti facta contra juramentum de non revocando. Ratio ulterior eſt, quia Venditor adhuc poſt primam venditionem retinet dominium & Ius in re, ſed cum obligatione perſonali transferendi in primum emptorem: ergo poteſt hoc dominium & Ius in re validè transferre in alium, violando obligationem perſonalem, quòd ſexcentis aliis modis fieri poſt, v. g. qui locavit operam ſuam alteri, poteſt violatâ

hac obligatione perſonali, operam actu alteri præſtare pro mercede, &c.

73. DICENDUM 3. In tali caſu habet prior Emptor Actionem perſonalem adverſùs Venditorem, non ſolùm ad reſtituendum pretium ſi quod accepit, ſed etiam ad ſolvendum intereſſe, quantum emptoris intereſt rem ſibi traditam fuiſſe. *l. 6. C. de hæred. vel act. vend.* ubi etiam præcedens Concluſio firmatur. [Qui tibi hæreditatem vendidit, antequam res hæreditarias traderet, Dominus earum perſeveravit, & ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractûs fidem fregit, ex empto Actione conventûs, quanti tuâ intereſt, præſtare cogetur.] Alius caſus habetur in lege 11. *C. de Actionibus Empti.* [Si ancillam tibi ex cauſa venditionis traditam venditor manumiſit, libertatem alienæ factæ præſtare non potuit. Quodſi poſt Venditionem ante traditionem manumiſit, pleno Iure Dominus conſtitutus, civem Romanam facere non prohibetur, tibi perſonali propter ruptam fidem contra Venditorem actione competente.]

74. DICENDVM 4. Si ſecundus Emptor eſſet conſcius fraudis, & quòd res jam eſſet alteri perſonaliter obligata, quamvis per traditionem fuerit Dominus factus, poteſt tamen prior emptor (niſi malit agere ad intereſſe) intentare ſecundo Emptori actionem in factum, & recuperare rem traditam. Quare dominium tale erit ob dolum commiſſum reſcindibile, ut patet ex dictis n. 8.

75. DICENDVM 5. Si venditor rem priori venditam, conſtituat eidem in hypothecam, adeoque Ius in re, præſertim ſi alia bona ſimul hyphothecæ ſupponat pro merce ipſi tradenda, & promittat, ſe rem alteri non vendituram, tunc etiamſi alteri vendat & tradat, non transſert dominium: arg. *legis 7. §. 2. ff. de diſtract. pig.* [Quæritur, ſi pactum ſit à creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid Iuris ſit, & an pactio nulla ſit talis, quaſi contra Ius ſit poſita, ideoque veniri poſſit? Et certum eſt, nullam eſſe venditionem, ut pactioni ſtetur.] Neque credo quòd requiratur aliqua ſpecifica promiſſio de non vendendo. quidni enim ſufficiat illa, quæ formaliter includitur in hoc, quòd conſtituatur in re vendita hypotheca pro majore ſecuritate ſervandi prioris contractûs.

76. DICENDVM 6. Si primus emptor ſit privilegiatus, ut factâ illi venditione ſtatim acquirat dominium, tunc ſecundo emptori non acquiritur dominium, etiamſi illi tradatur. Ratio eſt manifeſta. Quia eſt Venditio rei alienæ: ergo priori emptori competit Rei Vindicatio, & res alteri tradita eſt obnoxia evictioni.

Hujuſmodi privilegium habent Eccleſiæ, Monaſteria, Civitates, Hoſpitalia, aliáque pia loca. Pro qua veritate citatur à P. Molina lex ultima *C. de Sacroſ. Eccleſiis.* Ex Molina, niſi fallor, eandem legem citant Layman, Lugo, & Palao. Sed in illa lege quantumvis longa, nec apex habetur de hoc privilegio. Citanda erat lex 23. §. 1. *eod. In his autem omnibus caſibus non ſolùm perſonales actiones damus, ſed etiam in rem & hypothecariam.* Hoc privilegium peſſimè extenderunt aliqui ad privatas etiam Perſonas Eccleſiaſticas: in his enim locum habet regula generalis, quòd dominium ante traditionem non transferatur, ſolius rei ſpiritualis donatio (non venditio) habet hoc privilegium. *arg. c. ſi tibi abſenti. de Præbend. in 6. ſed* huc non pertinet.

CONTROVERSIA XIII.

De Fide habita Emptori, & Hypotheca rei venditæ.

SUMMARIUM.

AN hoc ipſo quòd fiat traditio, cenſeatur habita fides, niſi expreſſè contrarium dicatur. 77.

An ſaltèm cenſeatur habita fides, ſi dies vel hora ad ſolvendum conſtituatur. 78.

An fide habitâ venditor ità fiat creditor, ut concurrat cum aliis creditoribus ad conſequendam partem mercis actione tributoriâ. 79.

An ab hac regula excipiantur libri venditi, compacti, ut poſſint vindicari. eod.

An venditor conſtitutâ in rebus venditis hypothecâ, præferatur aliis creditoribus hypothecariis. 80.

An præferatur doti de Iure communi vel Bavarico. 81.

Quomodo tam venditori quàm emptori conſuli poſſit, locando rem pro certa penſione. 82.

SUprà jam dictum eſt, nudâ traditione non præſumi in Venditore intentionem abſolutam transferendi dominium, ſed debere ad minimum fidem haberi Emptori, quòd ſit pretium ſuo tempore ſoluturus. Et licèt hoc de ſolo Venditore dicant Iura, Franciſcus Connanus tamen ob rationis paritatem id etiam applicat Emptori, ut non cenſeatur voluiſſe pretii ſoluti dominium translatum in Venditorem, niſi, & ille vel rem tradat, vel cautionem præſtet, vel illi fides ab emptore habeatur. Quoad hoc ultimum,

77. QUÆRITUR 1. An hoc ipſo quòd fiat traditio, cenſeatur habita fides, niſi expreſſè contrarium dicatur. Affirmat P. Layman cum gloſſa in *l. quod vendidi ff. de con. empt.* & DD. alii. Sed communiùs & Iuri conformiùs alii negant. Quando enim Venditor rem tradit, vult ſatisfacere præciſè ſuæ obligationi, ut poſſit exigere pretium, cùm priùs illud exi-

gere

Digitized by Google

gere non poſſet. atqui non eſt obligatus ſequi fidem emptoris: ergo non præſumitur hoc ipſo fidem ſecutus eſſe. Deinde quando Venditor ſequitur fidem Emptoris, hoc ipſo conſentit in dilationem ſolutionis: atqui ex natura contractûs ſtatim deberet ſolvi pretium: ergo ex traditione non poteſt colligi conſenſus in dilationem.

Confirmatur. Imperat. Iuſtinianus in Inſtit. cùm §. 40. de rer. diviſ. Regulam generalem poſuiſſet, quòd per traditionem dominia acquirantur, ne quis putaret, traditionem univerſim ſufficere, & eſſe cauſam adæquatam, ſtatim ſubjungit §. 41. Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm ſi is venditori pretium ſolverit, vel alio modo ſatisfecerit, &c. ſed ſi is qui vendidit fidem emptoris, ſecutus fuerit, &c. Supponit ergo Imperator, poſſe fieri traditionem, & tamen non haberi fidem emptori.

78. QUÆRITUR 2. An ſaltèm cenſeatur habita fides, ſi dies vel hora ad ſolvendum conſtituatur. Affirmat Hunnius *q.* 39. Sed id nullo Iure probat, & contrarium verius eſt. Nam & hæc dilatio fieri poteſt retento interim dominio. Quare Arnoldus Rath. *th.* 13. *litt. D.* requirit ulteriorem ſaltèm tacitam conventionem, v. g. ſi Mercator nomen illud in librum rationum ſuarum retulerit; ſi tempus longi intervalli conſtituerit. Certè, inquit, ſi res eſſet tradita, & conveniſſet, ut eodem die poſt unam horam aut alteram, aut die ſequenti, vel intra biduum aut triduum ſolveretur pretium, durum foret aſſerere, hoc ipſo fidem de pretio habitam, & dominium translatum eſſe: cùm nec humanitatis ratio patiatur, creditorem ſtatim cum ſacco paratum adeſſe.

79. QUÆRITUR 3. An fide habitâ Venditor ex Domino mercis ità fiat creditor, ut deinde, ſi merx adhuc exſtet, & Emptor non ſit ſolvendo, Venditor concurrat cum aliis creditoribus, ad conſequendam cum proportione partem mercis, actione tributoriâ: de qua eſt titulus 4. Digeſt. lib. 14. diciturque à Iuriſtis *vocari in tributum.* Negavit Baldus, ſed alii rectiùs affirmant, per textum expreſſum in lege 5. §. 18. *ff. de tributoria act.* [Sed ſi dedi mercem meam vendendam, & extat, videamus ne iniquum ſit, in tributum me vocari, & ſi quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enim verò ſi non abiit: quia res venditæ non aliàs deſinunt eſſe meæ, quamvis vendidero, niſi ære ſoluto, vel fidejuſſore dato, vel aliàs ſatisfacto, dicendum erit, vindicare me poſſe.] Vnde infert Arnoldus Rath, hoc etiam ad mercatores extendendum eſſe, ut etiam inter eos quoad merces adhuc exſtantes debeant hi, qui eas fide de pretio habitâ vendiderunt, cum cæteris chirographariis creditoribus in concurſum venire, & ex adverſo hypothecariis poſtponi, quod etiam dixi tr. 2. *n.* 403. contra Rebell. & Leſſ.

Excipit Berlichius apud Arn. Rath *p.* 1. *Concl.* 46. *n.* 56. ab hac regula, libros venditos compactos, nam hos putat poſſe vindicari à Bibliopola, etiam habitâ fide. ſed ſine Iure & auctoritate, ut oſtendit Rath. *th.* 14. *litt. D.* in loco tamen quem citat, nihil tale habet Berlichius, nec alibi potui repetire. Concluſione 64. agit quidem de fide habita, ſed de libris nil reperio.

80. QUÆRITVR 4. An, ſi Venditor ſequens fidem Emptoris, conſtituat ſibi hypothecam in re vendita, præferatur aliis creditoribus hypothecariis. De Iure Bavarico res eſt certa, quòd præferatur. *G. P. tit.* 2. *a.* 7. ubi dicitur, hujuſmodi Venditorem gaudere eodem prælationis privilegio, quo gaudet, ut aliis omnibus præferatur, qui in rem emendam, aut conſervandam ſub ſpeciali ejuſdem hypotheca credidit.

Ex quâ comparatione Arnoldus Rath argumentatur, ad probandum, quòd hoc ipſum probabiliùs de Iure communi dicendum videatur; quia non videtur ulla idonea eſſe differentiæ ratio, inter eum qui rem ejuſmodi reſervato pignore vendidit, & eum cujus pecuniâ res cum pignore conſtituto empta fuit, quoniam utriuſque facto res ſit in bonis debitoris, nec ſine eo fuiſſet ad debitorem perventura, adeoque nec reliquis Creditoribus (qui proinde id venditori acceptum referre debeant) ullum in ea Ius acquirendum. Vlteriùs confirmat hoc ex alia inſtantia non abſimili. Nam ille qui ad aliquam rem conſervandam aut reficiendam nummos credidit, jure conventi ſui privilegiati pignoris, reliquis creditoribus præfertur, ut habetur *l.* 5. *& ſeq. ff. qui pot. in pig.* quas ſuo loco referemus, agentes, de *Pign. & hypoth. contr ult.* Ergo multò magis præferendus eſt is, cujus res tota fuit propria, antequam ad debitorem perveniret: quòd enim ejus, qui ad rem conſervandam aut reficiendam nummos dedit, conventum pignus Ius prælationis habeat, id eâ ratione fit, quia hic fecit, ne res interiret, ſed eſſe pergeret: atqui Venditor multò magis ad conſtitutionem & eſſe rei contulit, quàm qui ad conſervationem ejus credidit pecuniam. Ergo, &c.

Hæc argumentatio tota eſt deſumpta à paritate, & ideo mihi tota ſuſpecta eſt: nam in privilegiis non valet argumentum à paritate rationis. Paritas enim rationis in his ſolùm probat, quòd legiſlator potuiſſet ab ea moveri ad idem privilegium alteri concedendum, abſque lege tamen extendere non licet, prout hic ipſe author in ſimili docet. *th.* 16. *n.* 7.

Deinde argumentum nimium probat, & ideo omnibus vel eſt aſſignanda diſparitas inter Venditorem, & mutuantem pecunias, ad

rem emendam vel reficiendam; vel ſi non poteſt aſſignari diſparitas, uoicè ſiſtendum eſt in lege concedente privilegium prælationis mutuanti, non item concedente Venditori. Probaret, inquam argumentum, quòd ſicut mutuans & non conſtituens hypthecam in re empta aut refecta, nihilominus ex legis favore præfertur omnibus aliis perſonalibus creditoribus, ità etiam Venditor non conſtituens hypothecam in re vendita, nihilominus eſſet aliis creditoribus perſonalibus præferendus: totum enim argumentum, nullo verbulo mutato, poteſt huc applicari, & tamen ab hoc ipſo Authore negatur conſequentia & paritas. Neque incongruam reddit diſparitatis rationem hanc, quòd Venditor ex ſuo contractu proprium lucrum quærit, mutuans verò ſoli debitori, ſive mutuatario prodeſſe ſtudeat. Hæc diſparitas poteſt etiam in caſu concurrentium creditorum hypothecariorum locum habere.

81. Illud certius eſt, hujuſmodi Venditoris hypothecam non præferri doti de Iure communi (etſi de Iure Bavarico) nam in Nov. 97. c. 3. & ſeq. apertè cavetur, mulierem præferri ei, qui ad rem emendam, vel conſervandam ſpecialiter credidit, *& huic ſoli cedere caſui, in quo quis ſpecialiter ad militiam emendam mutuavit.* Qui eſt ſpecialis militum favor, ſicut & ille, quòd res empta pecuniâ militis, non ementis, ſed ipſius militis efficiatur. *l. 8. C. de Rei Vindicat.* [Si pars adverſa pecuniâ tuâ quædam ſuo nomine comparavit, præſes Provinciæ utilem vindicationem obtentu militiæ tibi eo nomine impertiri deſideranti, partes æquitatis non negabit. Idem mandati quoque ſeu negotiorum geſtorum actionem inferenti tibi Iuriſdictionem præbebit.]

Contrarium tamen tenent Cæpolla, & Neguſantius, arbitrantes, ex Regula, quòd quilibet in traditione rei ſuæ poſſit apponere conditionem quam voluerit, ut habet lex 48. *ff. de pact.* poſſe venditorem ſibi reſervare hypothecam cum prælatione etiam quoad dotis hypothecam: ſed illa regula eſt intelligenda, quando lex non reſiſtit. certum enim eſt, quòd lex poſſit hujusmodi ſubditorum voluntates coercere, & reddere inefficaces.

82. Ex dictis colliges, ſpectato Iure communi conſultiùs acturum Venditorem, ſi dominium non transferat ſequendo fidem emptoris, ne quidem reſervando hypothecam, ſed potiùs dominium ſibi reſervet, donec pretium ſolvatur. Ut tamen venditori & emptori conſulatur, poteſt venditor rem venditam illi pro certa penſione locare: quo caſu non ſolùm non ſubjicitur periculo rei venditæ, (quod totum eſt emptoris) ſed inſuper, quod eſt valde notandum, ne quidem ob ſterilitatem, aut alias ejusmodi cauſas, penſionem remittere cogitur, utpote quæ non tam pro re locata, quàm potiùs pro intereſſe pretii non ſoluti præſtetur, cùm ex tali locatione ſolus Conductor non Locator obligari dicatur. *l. 20. §. 2. ff. locati. Interdum Locator non obligatur, Conductor obligatur, veluti cùm emptor fundum conducit, donec pretium ei ſolvat.*

CONTROVERSIA XIV.

Quænam ſit Materia apta Emptionis Venditionis.

§. I.

Quomodo emi poſſit res non exiſtens.

SUMMARIUM.

Quomodo poſſit eſſe emptio rei futuræ, v. g. capturæ. 83.
Cur, ſi res capta evincatur, non detur emptori actio. eod.
Quid Iuris, ſi Uſusfructus vendatur, & venditor ſtatim moriatur. 84.
Declaratur notabile diſcrimen inter venditionem partûs, & jactûs retis. 85.
Quo ſenſu dicatur res non exiſtens vendi non poſſe. eod.
Quid ſi major pars rei venditæ deſtructa eſt. eod.
Quid ſi ambo ignoraverint, vel alteruter, vel uterque ſciverit rei interitum ante contractum. eod.

83. NUnquam Emptionem Venditionem poſſe eſſe ſine re vendita, ſicut non ſine pretio, conſtat ex *l. 8. pr. ff. h. t.* ubi etiam declaratur, poſſe eſſe emptionem rei futuræ, modò aliquâ ratione jam exiſtat in cauſa proxima. [Nec emptio nec venditio ſine re, quæ veneat, poteſt intelligi, & tamen fructus & partus futuri rectè emuntur, ut, cùm editus eſſet partus jam tunc, cùm contractum eſſet negotium, venditio facta intelligitur: ſed id egerit venditor, ne naſcantur, aut fiant, ex empto agi poſſe.] *&* §. 1. [Aliquando tamen & ſine re venditio intelligitur, veluti cùm quaſi alea emitur, quod fit, cùm captus piſcium, vel avium, vel miſſilium emitur. Emptio enim contrahitur, etiamſi nihil inciderit, quia NB. *Spei* emptio eſt, & quod miſſilium nomine captũ eſt eo caſu, ſi evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur.] Nempe, quia cenſetur res perire emptori, eò quòd eventum rei emerit, & ſpem majoris commodi, quamvis incerti parvo lucro, hoc eſt rei certæ minoris valoris tali pretio comparabili præpoſuerit.

Sed quare, ſi res capta evincatur, non dabitur emptori actio, quæ aliàs competit re evictâ, ut dicemus? Reſpondeo rationem eſſe, quia quod evinci poteſt, perinde eſt, ac ſi captum non eſſet, quia retineri non poteſt. ſicut ergo ſi nihil cœpiſſet,

Digitized by Google

piſſet, adhuc integrum pretium deberetur, ità etiam, ſi res evincatur. & ità ſunt intelligenda ultima verba legis adductæ. Ratio ulterior eſt, quia venditor in iſtis caſibus illud ſolum vendit, quod ità capit, ut ſuum faciat capiendo: ergo id quod evinci poteſt, non venit in talem venditionem, & perinde ſe habet, acſi captum non eſſet. Tenetur tamen venditor ſine dolo, & cum conſueta diligentia rete jacere, excipiendis miſſibilibus eandem operam dare, quam daret, ſi ſibi capere plurimum vellet: quam operam niſi adhibeat, æſtimabitur ille dubius eventus, & tanti damnabitur, quanti æſtimabitur. *l. 12. ff. de act. empti.* [Si jactum retis emero, & jactare rete piſcator noluit, incertum ejus rei æſtimandum eſt.]

84. Quæri poteſt, quid Iuris ſit, ſi uſusfructus vendatur, & venditor ſtatim moriatur. Ad hoc acutè cum diſtinctione reſpondet Paulus *JC. l. 8. §. 2. ff. re peric. rei emptæ.* [Cùm Uſumfructum mihi vendis, intereſt, utrum Ius utendi fruendi, quod ſolum tuum ſit, vendas, an verò in ipſum corpus, quod tuum ſit, uſumfructum mihi vendas. Nam priore caſu etiamſi ſtatim morieris, nihil mihi hæres tuus debebit. (nam uſusfructus exſpirat, & conſolidatur cum proprietate) hæredi autem meo debebitur, ſi tu vivis. (quia in venditore perduerat.) poſteriori caſu hæredi meo nihil debebitur. (quia uſusfructus ad emptoris vitam venditus eſt) hæres tuus debebit.] quia ad eum tranſit dominium & proprietas fundi. Diſtinguit, inquam hæc lex inter uſumfructum à pleno Proprietario, & ab ipſo fructuario venditum, ut priori caſu Ius emptoris morte venditoris non extinguatur, ſed poſteriore caſu.

85. Obſervandum eſt præterea ex lege 8. *de Contr. Empt.* jam recitata, notabile diſcrimen inter venditionem partûs, & venditionem jactûs retis, &c. quòd venditio partûs non ſit venditio abſoluta, ità ut ſi nullus partus ſequeretur, adhuc emptor ad pretium teneretur, ſed ſit conditionalis, & ideo ſi non ſequatur partus, venditio ſit nulla, adeoque emptor ad nihil teneatur, ſi autem partus ſequatur, venditio retrotrahatur. Si tamen venditor fuiſſet in cauſa, ut partus non ſequeretur, tenebitur ad intereſſe. Quando verò venditur jactus retis, &c. venditio eſt abſoluta, quia venditur ſpes, & committitur eventus fortunæ, ſicut in ludo, & etiamſi nihil capiatur, pretium debetur. Quodſi quis eodem modo emeret ſpem partûs, eſſet paritas, & eſſet etiam emptio abſoluta. Sicut econtra, ſi conſtitueretur pretium pro libra piſcium capiendorum, vel pro primo animali, quod capietur in venatione, &c. eſſet venditio conditionalis.

Quando ergo dicitur, quòd res non exiſtens vendi non poſſit, & venditio ſit nulla, intelligendum eſt, quando venditur, *ut exiſtens*, v. g. ſi vendatur domus, quæ quidem exſtiterat, ſed eſt combuſta, venditio eſt nulla, etiamſi remaneat area.

Quodſi major pars rei deſtructa eſt, poteſt emptor à contractu reſilire, vel, ſi malit, agere ad pretium diminuendum. Si pars dimidia remanſerit, valet contractus, ſed pro rata minuitur pretium.

Porrò, quid Iuris ſit, ſi vel ambo ignoraverint, vel alteruter, vel uterque ſciverit rei interitum ante contractum, omnia perquam accuratè comprehenſa ſunt in lege 57. *ff. h. t.* [Domum emi, cùm eam & ego, & venditor combuſtam ignoraremus. Nerva, Sabinus, Caſſius nihil veniſſe, quamvis area maneat, pecuniámque ſolutam condici poſſe aiunt. Sed ſi pars domûs maneret, Neratius ait, hanc quæſtionem multùm intereſſe, quanta pars domûs incendio conſumpta permaneat, ut, ſi quidem amplior domûs pars exuſta eſt, non compellatur emptor perficere emptionem, ſed etiam quod fortè ſolutum ab eo eſt, repetet. Sin verò vel dimidia pars, vel minor, quàm dimidia exuſta fuerit, tunc coartandus eſt emptor venditionem adimplere, æſtimatione viri boni arbitratu habitâ, ut quod ex pretio propter incendium decreſcere fuerit inventum, ab hujus præſtatione liberetur. §. 1. Sin autem venditor quidem ſciebat domum eſſe exuſtam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem ſtare, ſi tota domus ante venditionem exuſta ſit. Si verò quantacunque pars ædificii remaneat, & ſtare venditionem, & venditorem, quod intereſt, emptori reſtituere. §. 2. Simili quoque modo ex diverſo tractari oportet, ubi emptor quidem ſciebat, venditor autem ignorabat: & hîc enim oportet, & venditionem ſtare, & omne pretium ab emptore venditori, ſi non depenſum eſt, ſolvere, vel ſi ſolutum eſt, non repeti. §. 3. Quodſi uterque ſciebat, & emptor, & venditor, domum eſſe exuſtam totam, vel ex parte, nihil actum fuiſſe, dolo inter utramque partem compenſando, & judicio, quod ex bona fide deſcendit, dolo ex utraque parte veniente ſtare non concedente.]

§. II.

Quomodo poſſit vendi Homo liber.

SUMMARIUM.

AN valida ſit venditio hominis liberi facta in tempus quo ſervus futurus eſt. 85.
Quidſi fuit ignorata libertas. eod.
Intellectus & conciliatio legis 70. ff. de *Contr. empti* 87.
Quibus permiſſum ſit liberos ſanguinolentos vendere. 88.

DE hac re valde diverſimodè, & non ſatis conſtanter loqui videntur Iura. Imprimis quidem poſſe hominem liberum conſentientem vendi,

Digitized by Google

vendi, ut fiat ſervus, non eſt dubium. §. 4. *I. de Iure Perſon.* ibi. *Aut Iure Civili, cùm liber homo major 20. annis ad pretium participandum ſeſe venundari paſſus eſt.* quod ſumptum eſt ex lege 5. §. 1. *ff. de ſtatu hom.* & hoc ſtatutum eſt, (cùm alioquin homo liber in commercio non ſit) ad coërcendam improbitatem ejus, qui fraudandi emptoris, & turpiſſimi lucri gratiâ ſe venundari paſſus eſt, ut impoſterum libertate, quam contempſit, indignus haberetur, & verè ſervus efficeretur. Extra hunc caſum

86. Simpliciter, & abſolutè, ac Iuri conformiùs dicendum eſt, invalidam eſſe venditionem hominis liberi, ne quidem ſi fiat in tempus, quo ſervus fortè futurus eſt. *l. 34. ff. h. t.* ubi cùm § 1. conſtituta eſſet Regula generalis rerum vendibilium, & non vendibilium, his verbis. [Omnium rerum, quas quis habere, vel poſſidere, vel perſequi poteſt, venditio rectè fit: quas verò natura, vel gentium Ius, vel mores Civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio eſt.] Ponitur deinde §. 2. ad ſpecificandam Regulam. *Liberum hominem ſcienter emere non poſſumus: Sed nec talis emptio, aut ſtipulatio admittenda eſt:* cùm ſervus erit: *quamvis dixerimus futuras res emi poſſe: nec enim fas eſt, ejusmodi caſus exſpectare.*

Et quamvis in hac lege ſermo ſit de venditione liberi hominis ſcienter facta, nihilominus etiam invalidum eſſe hujusmodi contractum etiam ignoranter factum, nempe quia materia venditionis eſt inepta, colligitur ex lege 62. §. *ff. h. t.* [Qui neſciens loca ſacra, vel Religioſa, vel Religioſa, vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adverſùs venditorem experietur, ut conſequatur, quod interfuit ejus, ne decipiatur.] Quæ ultima verba videntur accipienda de caſu, quo venditor ſcivit, hominem eſſe liberum; nam ſi ignoret, adhuc venditio eſt nulla, quia ignorantia contrahentium qualitatem rei mutare non poteſt, nec vitium rei ſupplere: Venditor tamen ſecundùm Gomez & Molinam, non tenetur ad intereſſe, ſed ad ſolùm pretium refundendum. ſed an hoc verum ſit, paulò pòſt dicam.

87. Objici poſſet lex 70. *ff. h. t.* [Liberi hominis emptionem contrahi poſſe plerique exiſtimârunt: ſi modò inter ignorantes id fiat, quod idem placet, etiamſi venditor ſciat, emptor autem ignoret: quodſi emptor ſciens liberum eſſe, emerit, nulla emptio contrahitur.] Æquè clarè id dicitur in lege 4. eod. *Et liberi hominis, & loci ſacri & Religioſi, qui haberi non poteſt, emptio intelligitur, ſi ab ignorante emitur.*

Reſpondet P. Molina, & ex eo Lugo (in quo authore deſideratur particula *Non*) ad legem 4. eam intelligendam eſſe, valere venditionem ad hunc effectum, ut venditor teneatur emptori ad intereſſe. Hanc reſponſionem recipit omnino lex 4. adducta. Sed eam non recipit lex 70. nam ſi ambo contrahentes ignorent hominem eſſe liberum, non tenetur venditor ad intereſſe, ut quidem Molina cum ſuo Gomez docet, & tamen dicitur venditio valere. Quare lex illa videtur planè obſtare doctrinæ Molinæ, & Gumezii.

Ut ergo hæc lex cum aliis Iuribus concordet, potiùs dicendum eſt, quòd etiam quando venditor ignoranter vendidit liberum hominem, teneatur ad intereſſe, & hoc ſenſu valeat venditio: quod etiam ſatis colligitur ex §. ultimo. I. h. t. [Loca ſacra, vel Religioſa, item publica (veluti forum, baſilicam) fruſtra quis ſciens emit, quæ tamen ſi pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quòd non habere ei liceat, ut conſequatur, quod ſuâ intereſt, eum deceptum non eſſe. Idem Iuris eſt, ſi hominem liberum pro ſervo emerit.] Porrò, dicitur emptor deceptus eſſe à venditore, etiam ignorante, ſicut cùm emitur res aliena. quare ſicut non eſt durum, quòd in hoc caſu teneatur venditor de evictione, ità non debet eſſe durum, ſi homine libero etiam ignoranter vendito teneatur ad intereſſe. Hanc meam interpretationem videtur etiam ſupponere Arnoldus Rath, dum th. 22. in fine expreſsè dicit, etiam ſtante bonâ contrahentium fide ſuccurri emptori, quatenus ſuâ intereſt, ſe deceptum non fuiſſe. Quamvis deinde litt. E. videatur in his legibus antinomiam agnoſcere.

88. Permittitur in Iure Patri, (non item matri, nec avo materno) propter extremam egeſtatem liberos ſanguinolentos, id eſt recens natos vendere. *l. 2. C. de Patribus qui filios diſtraxerunt.* [Si quis propter nimiam paupertatem egeſtatémque victûs causâ filium, filiamque ſanguinolentus vendiderit, venditione in hoc tantummodo caſu valente, emptor obtinendi ejus ſervitii habeat facultatem: licet autem ipſi qui vendidit, vel qui alienatus eſt, aut cuilibet alii, ad ingenuitatem eum propriam repetere: modò ſi aut pretium offerat, quod poteſt valere, aut mancipium pro hujusmodi præſtet.] Ex qua lege colligitur, hoc caſu pluris non acquirere Emptorem, quàm Ius detinendi. Moribus hodiernis quandoque dantur liberi pro Patribus obſides tempore Belli.

§. III.

§. III.

De Rebus Sacris, Publicis, Furtivis, Venenis, Armis, Materia domuum deſtructarum in hunc finem, ut Rudera, Cementa, &c. vendantur.

SUMMARIUM.

Res univerſitatis non Iure ſingulorum, ſed Iure Univerſitatis poſſeſſæ, vendi non poſſunt. 89.
Neque Res furtivæ. eod.
Neque Venena mala. eod.
Neque Arma, aut ſimilia hoſtibus. eod.
Neque Materia ex domo deſtructa. eod.

89. RES Sacras & Religioſas vendi non poſſe, dum tales ſunt, conſtat tum ex legibus paulò antè adductis, tum ex alibi dictis, & quia nulla eſt proportio inter pecuniam, & res ſacras, ac Religioſas quà tales. De aliis quibusdam rebus, quæ cætetoquin poſſunt ex ſe eſſe in hominum commercio, videndum.

Primò ergo, vendi prohibentur *Res Univerſitatis*, & Iure Univerſitatis, non Iure ſingulorum poſſeſſæ. *l.* 72. §. 1. *ff. h. t.* ibi. *Si quid Sacri, aut Religioſi, aut publici eſt, ejus nihil venit.*

Secundò, *Res furtivæ. l.* 34. §. 3. *ff. h. t.* [Item ſi & emptor, & venditor ſcit furtivum eſſe, quod venit, à neutra parte obligatio contrahitur. Si emptor ſolus ſcit, non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quidquam conſequitur, niſi ultrò quod convenerit, præſtet. Quid ſi venditor ſcit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur.] Verùm, qualis obligatio contrahatur, conſtabit ex dicendis de Evictione, & infrà num. 112.

Tertiò, Venena mala. *l.* 35. §. 2. *ff. h. t.* [Veneni mali quidam putant non contrahi emptionem: quæ ſententia poteſt ſanè vera videri de his quæ nullo modo adjectione alterius materiæ uſu nobis eſſe poſſunt. de his verò quæ mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidori, & alia quædam ſalubria medicamenta conficiantur, aliud dici poteſt.]

Quartò, Hoſtibus arma, & ſimilia. *l.* 2. C. [Quæ res exportari non debeant. Nemo alienigenis Barbaris cujuscúnque gentis ad hanc urbem ſacratiſſimam ſub legationis ſpecie, vel ſub quocunque alio colore venientibus, aut in diverſis aliis civitatibus, vel locis, loricas, ſcuta, & arcus, ſagittas, & ſpathas, & gladios, vel alterius cujuscunque generis arma audeat venundare, nulla prorſus iiſdem tela, nihil penitus ferri vel facti jam vel infecti ab aliquo diſtrahatur.] Canones etiam hujusmodi excommunicant, & ſervituti capientium addicunt. c. 6. 11. & 17. *de Iudæis*. eos qui Turcis Vetitas merces & arma transmittunt. Denique Nov. 85. ſub confiſcationis pœna prohibentur arma vendi privatis. Sed non eſt operæ pretium referre, quia in his uſus attendendus eſt.

Quintò, non valet venditio materiæ ex domo deſtructa. *l.* 52. *ff. h. t.* [Senatus cenſuit, nequis domum villamve dirueret, quò plus ſibi acquireretur, neve quis negotiandi causâ eorum quid emeret, venderetve.] & paulò pòſt dicitur, irritam eſſe venditionem.

§. IV.

De Hæreditatis venditione.

SUMMARIUM.

AN Hæreditas ſperata vivo teſtatore vendi poſſit. 91.
An vendi poſſit hæreditas jam per mortem delata. 92.
Quid ſi emptor hæreditatis eandem alteri vendat, cui competant actiones utiles. eod.
An ſubſtitutus filio cenſeatur ſimul hæreditatem filii vendidiſſe. 93.
An Ius accreſcendi tranſeat in hæreditatis emptorem. 94.
Portio cohæredis accreſcit inſtar alluvionis. 96.
Portio cohæredis non accreſcit hæredi, ſed immediatè alteri portioni. eod.
Intellectus legis 43. §. fin. de vulg. & pupill. ſubſt. 97.

91. QUÆRI poteſt 1. An hæreditas necdum delata, ſed ſperata, vivo teſtatore, ſeu illo cujus hæreditas ſperatur, vendi poſſit. Ratio dubitandi eſſe poſſet, quia poſſunt duo inter ſe inire Societatem circa hæreditates incertas, ſi quæ fortè illis deferentur ex perſonis incertis & in genere. *l.* 3. §. 2. *ff. pro ſocio.* [Cùm ſpecialiter omnium bonorum Societas coïta eſt, tunc & hereditas, & legatum, & quod donatum eſt, aut quâquâ ratione acquiſitum, communioni acquiretur.] Verùm, hoc non obſtante, quia non eſt paritas, contrarium ſtatuunt Iura. *l.* 1. *ff. de hæred. ven. Si hæreditas venierit ejus, qui vivit, nihil eſſe actum.* Eſt enim talis venditio improba, propter imminens periculum, ne emptor vitæ ejus inſidietur, cujus hæreditatem emit. Quod tamen non procedit, ſi conſentiat. De hujusmodi pactis exſtat *lex* 30. *C. de Pactis.* ibi. [Secundùm veteres itaque Regulas ſancimus, omni modo hujusmodi pacta, quæ contra bonos mores inita ſunt, repelli, & nihil ex his pactionibus obſervari, niſi ipſe fortè, de cujus hæreditate pactum eſt, voluntatem ſuam eis accommodaverit, & in ea usque ad extremum vitæ ſuæ ſpiritum perſeveraverit, tunc enim ſublatâ acerbiſſimâ ſpe licebit

illis illo ſciente & jubente hujusmodi pactiones ſervare.]

92. QUÆRITUR 2. An Vendi poſſit hæreditas jam per mortem delata venditori. ℞. Affirmativè, ità quidem, ut tranſeant in Emptorem actiones omnes utiles activè, & Iura omnia, ac commoda, quæ ad hæreditatem ratione illius pertinebant. & hoc verum eſt, etiam nullâ factâ ceſſione, hac verò factâ tranſeunt etiam actiones directæ. *l. 5. C. de Hæred. vel act. vendita.* [Emptor hæreditatis actionibus mandatis eo Iure uti debet, quo is cujus perſonâ fungitur, quamvis utiles etiam adversùs debitores hæreditarios actiones Emptori tribui placuit.]

Quodſi Emptor hæreditatis eandem alteri vendat, tunc, ut notat gloſſa, ante ceſſionem hæredis actiones utiles competunt ultimo emptori, non primo. Actiones autem paſſivæ, quæ contra defunctum dabantur, atque adeo contra hæredem, non tranſeunt contra emptorem, ſed competunt Creditoribus defuncti adversùs hæredem venditorem, non obſtante quòd hæreditatem vendiderit: ſi tamen hæres illis ſatisfaciat & ſolvat, quod ſolvit, repetit ab emtore actione negotiorum geſtorum. cujus ratio eſt, quia nomine hæreditatis intelliguntur ſolùm bona defuncti deductis legatis, & toto ære alieno, & hoc ſolum intelligitur venditum emptori. arg. legis 2. *C. de hæred. & act. vend.* [Ratio Iuris poſtulat, ut creditoribus hæreditariis, & legatariis, ſeu fideicommiſſariis, te convenire volentibus, tu reſpondeas, & cum eo cui hæreditatem venundediſti, tu experiteris ſuo ordine. Nam ut ſatis tibi detur, ſerò deſideras: quoniam eo tempore quo venundabatur hæreditas, hoc non eſt comprehenſum. Quamvis enim eâ lege emerit, ut creditoribus hæreditarijs ſatisfaciat, excipere tamen actiones hæreditarias invitus cogi non poteſt.] Itaque actiones paſſivas non poteſt transferre in emptorem, niſi & creditores, & ipſe emptor conſentiant. Et hæc procedunt, quando hæres hæreditatem vendit. Quando autem fiſcus hæreditatem alteri delatam vendit, tunc fiſci privilegio paſſivæ quoque actiones tranſeunt adversùs emptorem hæreditatis. *l. 1. C. eod.* [Æs alienum, hæreditate nomine fiſci venditâ, ad onus emptoris bonorum pertinere, nec fiſcum creditoribus hæreditariis reſpondere, certum & abſolutum eſt.]

93. QUÆRITUR 3. Si quis non ſolùm ſit hæres inſtitutus, ſed etiam filio teſtatoris ſubſtitutus, & hæreditatem patris teſtatoris ſibi per ejuſdem mortem delatam vendat, an cenſeatur etiam vendidiſſe hæreditatem filii, ſi & hæc fuit per mortem filii delata. ℞. Negativè, niſi hoc ipſum inter contrahentes actum fuerit. Ità habetur, & hujus ratio redditur in lege 2. §. 2. *ff. eod.* [Illud poteſt quæri, ſi etiam impuberi ſit ſubſtitutus is, qui vendidit hæreditatem teſtatoris, an etiam id, quod ex impuberis hæreditate ad eum, qui vendidit hæreditatem, pervenit, ex empto actioni locum faciat. Et magìs eſt, ne veniat, quia NB. alia eſt hæreditas: licèt enim unum teſtamentum ſit, alia tamen atque alia hæreditas eſt. Planè ſi hoc actum ſit, dicendum erit, etiam impuberis hæreditatem in venditionem venire, maximè ſi jam delata impuberis hæreditas eſt.]

94. QUÆRITUR 4. An Ius accreſcendi tranſeat etiam in Emptorem hæreditatis. in exemplo. Sempronius eſt inſtitutus hæres à Titio ex ſemiſſe. Vendidit ſuam portionem hæreditatis Cajo: poſt perfectam venditionem deficit portio cohæredis: cuinam accreſcet, Sempronio hæredi, an Cajo? Sempronio eam adjudicant Vaſquius, Fachineus, Gomez, Boceros, Treutlerus, Bacchovius, Anton. Faber, aliíque. Cajo verò favent æquè multi, quos ſequitur Hunnius *in Treutl. th.* 11. & Harppreeht, §. *ult. Inſt. h. t. n.* 23. Debet autem, niſi fallor, quæſtio formari de caſu, quo Sempronius Cajo jam ſuam portionem tradidit. Nam ante traditionem ſicut dominium manet penes Sempronium, ità illius portioni, & mediante hâc dicetur cohæredis portio Sempronio accreſcere: quam tamen tenebitur Cajo unà cum ſua portione tradere ſecundùm poſteriorem ſententiam. Itaque

95. Poſterior ſententia probabilior videtur, & probatur. Quia hæreditas eſt Ius univerſum, ut declaratum eſt in ſuperioribus. ergo venditâ hæreditate cenſetur omne illud venditum, quod ad hæredem quà hæredem perventurum fuiſſet, ſi hæreditatem non vendidiſſet. Probatur conſequentia, nam ut paulò antè dictum eſt, omnes actiones tranſeunt ad emptorem. ergo & Ius accreſcendi.

Confirmatur. Non ſolùm quod ad Venditorem hæreditatis actu pervenit, ſed etiam quod ad hæredem ejusdem ex hæreditate pervenit, & perventurum eſt, emptori reſtituendum eſt. *l. 2. §. 4. ff. eod.* [Non tantùm autem quod ad venditorem hæreditatis pervenit, ſed & quod ad hæredem ejus ex hæreditate pervenit, emptori reſtituendum eſt, & non ſolùm quod jam pervenit, ſed & quod quandóque pervenerit, reſtituendum eſt.] Ergo, portio accreſcens etiam eſt reſtituenda; quia non eſt ratio, cur quod perventurum eſt, reſtituendum ſit, & non pariter quod perventurum eſſet.

96. Objiciunt 1. Venditor cenſetur habere portionem hæreditatis, quatenus habet pretium illius, quod ſuccedit loco rei. Ergo illi accreſcere poteſt cohæredis portio. ℞. Portionem cohæredis accreſcere inſtar alluvionis, ut loquitur IurisConſultus *l. 33. in f. ff. de Vſufructu quemadmodum, &c.* Et ideo illi potiùs accreſcit,

ſit, qui reverà bona hæreditaria tenet, quàm illi qui ſolùm Iuris fictione, quis quod fundo per alluvionem accreſcit, non venditori, quantùmvis pretium habenti, ſed emptori fundum tenenti, accreſcit. Et benè ſuſpicatur Duarenus, IurisConſultum ideo rem declaràſſe ſimilitudine alluvionis, ut obviaret ſophiſticis fallaciis; quibus alioquin contractum ſunderetur.

Objiciunt 2. Portio cohæredis accreſcit hæredi, atqui hæres venditor etiam poſt Venditionem manet hæres: ergo illi accreſcit. Reſpondet Harpprecht, hæredem in caſu manere hæredem ſolo nomine. Hoc tamen in rigore non eſt verum. Manet enim hæres ad hunc effectum, ut contra eum dentur actiones ob debita, ut paulò antè dictum eſt, & hoc ſenſu dicitur adhuc *videri poſſidere hæreditatem*, *l. 4. §. 3. ff. ſi quis omiſſà*. Meliùs reſpondetur, negando ſimpliciter majorem, quia portio cohæredis accreſcit non perſonæ immediatè, ſed alteri portioni, ut alibi dictum, & mediatè illi perſonæ, ad quam illa portio pertinet.

Objiciunt 3. Voluntas teſtatoris eſt obſervanda. Sed voluntas teſtatoris utique potiùs eſt, ut cohæredis portio accreſcat hæredi quàm emptori. Reſpondet Harpprecht, quòd in hoc caſu de teſtatoris voluntate curandum non ſit, quia lex induxit Ius accreſcendi, etiam invito teſtatore: nempe quia non patitur aliquem partim inteſtatum decedere, partim teſtatum. Aliter reſponderi poteſt, diſtinguendo minorem: eſt ejus voluntas, ut potiùs accreſcat hæredi, quamdiu ex integro manet hæres, retinendo actiones, & ſic repræſentando defunctum, conceditur, ſecùs negatur.

Objiciunt 4. Illud ſolùm intelligitur vendidiſſe hæres, quod jam ipſo venditionis tempore ad eum pervenit, ut habetur *l. 2. §. 1. ff. de hæred. & act. vend.* atqui portionem accreſcentem tunc necdum habuit. Ergo non cenſetur eam vendidiſſe. ℞. Negando majorem: hoc enim illa lex non dicit, ſed hoc potiùs, quod omne illud vendiderit, quod tempore venditionis ex hæreditate ad eum pervenit; & non ſolùm illud, quod tempore mortis, aut aditæ hæreditatis in hæreditate fuit. Ratio autem, cur & illud vendidiſſe cenſeatur, quod poſt aditam hæreditatem & portionem ejus ante venditionem ad eum ex hæreditate pervenit, etiam probat de Iure accreſcendi; nempe quia adeundo hæreditatem quoad partem, hoc ipſo etiam quoad alteram partem adiiſſe cenſetur in eum caſum, quo illa deficeret, unde nova aditione non eſt opus. Itaque attentâ mente legis objectæ, potiùs utramque portionem in caſum quo accreſceret, vendidiſſe cenſendus eſt, quia indicat, venditorem omne Ius quod habuit tempore venditionis, vendidiſſe videri. Lex ità habet. [In hæreditate vendita, utrum ea quantitas ſpectetur, quæ fuit mortis tempore, an ea, quæ fuit, cùm aditur hæreditas, an ea quæ fuit, cùm hæreditas venundatur, videndum erit. Et veriùs eſt, hoc eſſe ſervandum, quod actum eſt. plerùmque autem hoc agi videtur, ut quod ex hæreditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur veniſſe.] Imò id omne veniſſe videtur, quod Iure hæreditatis acquiritur, quandocunque acquiratur.

97 Objiciunt 5. ex lege 43. §. *fin. de vulgari & pupillari ſubſt.* ubi non hoc ipſo quòd portio hæreditatis aufertur & fiſco applicatur, etiã portio deficiens aufertur. ℞. In hac lege ſermonem eſſe de portione non quæ Iure accreſcendi, ſed Iure ſubſtitutionis ad hæredem pertinet: conſtat autem, quòd ſubſtitutio perſonam, non portionem reſpiciat. Lex ità habet. [Qui in fraudem legum fidem accommodat, (hoc erat delictum) adeundo hæres efficitur, nec deſinet hæres eſſe, licèt rea quæ ità relictæ ſunt, auferuntur. Vnde & NB. ex ſecundis tabulis in tantum hæres eſſe poteſt, in quantum ſcriptus eſſet. Satis enim punitus eſt in eo, in quo fecit contra leges. Quia imò etſi deſineret hæres eſſe, idem dicerem.]

Objiciunt 6. Venditor poſt hæreditatem jam traditam adhuc tenetur Creditoribus hæreditariis, & legatariis, ut paulò ſuperiùs dictum eſt. Ergo etiam penes ipſum eſt Ius accreſcendi. ℞. Negando conſequentiam. Quòd enim teneatur Creditoribus, inde provenit, quia illis non conſentientibus non potuit eorum Ius & debitorem mutare. Cæterùm, ut ſuperiùs etiam dictum eſt, etſi ipſe debeat ſatisfacere Creditoribus, habet tamen actionem negotiorum geſtorum adverſùs Emptorem.

§. V.

De Nominum Venditione, & Anaſtaſiana Conſtitutione: Per diverſas. l. 22. C. Mandati.

SUMMARIUM.

QVænam *Actiones vocentur* Nomina, *Credita, &c.* 98.
Poſſunt vendi Nomina etiam invito debitore. eod.
Senſus Regulæ 177. *Qui in Ius vel dominium alterius ſuccedit, Iure ejus uti debet.* 99.
Quomodo poſſit quis alteri invitus obligari. eod.
Intellectus legis 1. C. de Novat. eod.
An etiam actiones reales vendi poſſint. eod.
An poſt litem conteſtatam. eod.
An nomina licitè emantur minore pretio. 100.
Quidſi emptori facile eſt obtinere ſolutionem, venditori difficile. 101. *& ſeq.*
An liceat minori pretio emere ob anticipatam ſolutionem, 103.

Præfertur ſententia negativa. 104.
An ſuppoſitâ ſententiâ affirmativâ idem dicendum ſit de ipſo debitore, quod poſſit anticipando ſolutionem minore pretio ſe liberare. 105.
An poſſit debitor ceſſus uti exceptione adversùs emptorem, ſe non teneri ad plus, quàm ipſe ſolvit. 106.
Refertur Conſtitutio Anaſtaſiana. 107.
Quandonam huic Conſtitutioni ſit locus. eod.
Conſtitutio Iuſtiniani in eadem materia. eod.
An id, quod Ceſſionario vi harum Conſtitutionum detrahitur, à cedente adhuc poſſit exigi. 108.
Authoris opinio. 109.

98. NOmina vocantur à Juriſtis illæ actiones, quæ alicui competunt ad petendam ab altero ſolutionem debiti; dicuntur etiam *Credita*, vel *Debita*, item *Chirographa*, cujusmodi ſunt litteræ cenſuales fundatæ in Mutuo dato. Hujusmodi Nomina vendi poſſe, etiam invito debitore, conſtat ex *l. 3. C. de hæred. vend. Nominis venditio etiam ignorante, vel invito eo adversùs quem actiones mandantur, contrahi ſolet.* & *l. 1. C. de Novat. Nominis autem venditio, & ignorante, vel invito eo adversùs quem actiones mandantur, contrahi ſolet.* Circa hanc venditionem, ſive actionum ceſſionem, plura, & gravia dubia moveri poſſunt. Priùs autem ſolvemus argumenta quædam, quæ fieri poſſunt ad probandum, quòd requiratur conſenſus debitoris.

99. Objicies ergo 1. Actio ceſſa eſt actio perſonalis, & in perſonam debitoris: atqui nulla eſt actio in perſonam, niſi ex contractu, aut maleficio & ſimilibus cauſis. §. 1. *Inſt. de actionibus.* ibi. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus eſt, vel ex contractu, vel ex maleficio: quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam.] Atqui ceſſionarius nihil contraxit cum debitore, neque in eum aliquid deliquit: ergo ſine novo conſenſu, & novatione, ſeu delegatione, ad quam conſenſus expreſsè requiritur in *d. l. 1. C. de Novat.* non poteſt fieri talis venditio, & ceſſio. Ad hanc objectionem reſpondetur ex Regula 177. *Qui in Ius, vel dominium alterius ſuccedit, Iure ejus uti debet.* Diſtinguitur ergo Minor. Niſi ex contractu vel explicito, vel implicito, vel directo, vel indirecto, concedo: ſemper ex contractu directo & explicito, negatur. Itaque hoc ipſo quòd debitor cõtraxit cũ venditore, obligavit ſe ſaltèm implicitè omni illi, qui venditori in Iure ſucceſſerit, & quòd velit ſolvere, vel illi ipſi, vel cui ipſe ſuum Ius ceſſerit, & qui perſonam ipſius ſuſtinuerit.

Objicies 2. Nemo poteſt alteri invitus obligari. ℞. Aliâ obligatione, quàm illâ in quam volens conſenſit, concedo, eâ obligatione in quam ipſe conſenſit, ſed quæ transfertur de perſona in perſonam, nego. Alioqnin nec ad hæredes tranſirent actiones contra debitores defuncti.

Objicies 3. Creditor, invito debitore ſuo, conditionem obligationis mutare non poteſt, atqui hoc fieret tali ceſſione, dum alius creditor obtruditur. ℞. Negando minorem. Nam quòd mutetur perſona creditoris, non eſt mutatio conditionis obligationis, quia eſt eadem, & perinde ſe habet, ac ſi mandatarius eſſet emptor: quia nec plus, nec minus, nec aliud exigere poteſt, quàm quod debetur venditori. Quodſi fortè emptor eſt potentior, & efficacior in agendo, quàm eſſet venditor, de hoc non poteſt debitor conqueri, quia apud ipſum ſtat, liberare ſe ab omni vexatione, ſolvendo debitum.

Objicitur 4. Debitor non poteſt creditori invito alium debitorem loco ſui ſubſtituere: ergo nec creditor alium creditorem. ℞. Negando conſequentiam & paritatem. Nam in priori caſu evidens eſt præjudicium creditoris, quia novus debitor poteſt non eſſe ſolvendo, vel certè moroſus, ac proinde non ità facilè ab illo ſolutio obtinebitur: ergo non ità eſt in poteſtate creditoris tollere obligationem, ſicut eſt debitoris, qui ſi ſolvat emptori, eſt liber.

Objicies 5. Delegatio nominis non niſi conſentiente debitore fieri poteſt. *l. 1. C. de Novat.* ergo nec venditio nominis. Nego Conſequentiam. Quia de natura Delegationis eſt ſtipulatio & promiſſio: ergo requiritur conſenſus utriusque. Quam diſparitatem innuit ipſa lex. [Delegatio debiti niſi conſentiente & ſtipulante, & promittente debitore, Iure perfici non poteſt. Nominis autem venditio & ignorante vel invito eo, &c.]

Dicet aliquis, ea quæ hactenus dicta ſunt, procedere quidem de actionibus perſonalibus: ſed quid de actionibus realibus dicendum? de his enim ideo videtur negandum, eas poſſe vendi, quia actio realis ex tali titulo convenit, qui in emptore non reperitur, v. g. Rei vindicatio convenit Domino ratione dominii: atqui emptor non eſt Dominus. Nihilominus dicendum eſt, etiam has vendi poſſe, & licèt tunc non competat emptori directa, convenit tamen utilis in rem actio. *l. 9. C. de hæred. & act. vend.* [Certi & indubitati Iuris eſt, ad ſimilitudinem ejus qui perſonalem redemerit actionem, & utiliter eam movere ſuo nomine conceditur, etiam eum qui in rem actionem comparaverit, eâdem uti poſſe facultate. Cùm enim actionis nomen generale ſit omnium ſive in rem ſive in perſonam actionum, & apud omnes veteris Iuris conditores hoc nomen in omnibus pateat, nihil eſt tale, quod differentiam in hujusmodi utilibus actionibus poſſit introducere.]

Illud hîc benè obſervat Hunnius, actiones non poſſe vendi poſt litem conteſtatam. Tunc enim actio evadit litigioſa: res autem litigioſæ vendi non poſſunt, ut ſuprà dictum eſt.

100. DUBITATUR 1. An poſſint Nomina emi licitè minore pretio, quàm quod per ſe continent, intuitu nimirum lucri ceſſantis,

damni

damni emergentis, periculi obtinendæ ſolutionis, & expenſarum faciendarum. ℞. Affirmativè, adeo quidem ut etiamſi deinde emptor plus conſequatur, quàm ſolvit venditori, nihil reſtituere teneatur. Ratio eſt, quia ratione circumſtantiarum enumeratarum (quæ prudenter & fideliter ponderandæ ſunt) ejuſmodi debitum in æſtimatione morali minus valet. quod vel inde poteſt manifeſtè deprehendi, quòd non ſolùm ipſe venditor, ſed etiam alii prudentes mallent v.g. habere 60. certos, quàm Chirographum continens centum debitos à tali debitore, cum tali incertitudine, &c.

Ratio ulterior eſt. quia abſolutè optabilius eſt humanæ Societati, licere talia nomina minori pretio emere, quàm non licere: ergo licet: juxta Regulam Moralitatis, & honeſtatis traditam *in* 1. 2. *ſeu in lib.* 2. *Operis Theol.* Antecedens patet. niſi enim hoc liceret, non invenirentur emptores. Atqui optabilius eſt, inveniri emptores: ergo. Major patet: quis enim niſi ſtultus expendat pecuniam ſuam ejuſdē quantitatis pro pecunia ab alio exigenda cum periculo jacturæ? Res hæc eſt evidentior, quàm ut verbis poſſit declarari.

101. DUBITATUR 2. Si emptori tali in ſpecie eſt facile totum debitum à debitore obtinere, quod tamen venditori eſt admodum difficile, ac proinde prout ab ipſo obtinendum eſt valdè lubricum, & incertum, an nihilominus poſſit emi bonâ conſcientiâ, ſoluto ſolummodo illo pretio, quod valet attentis circumſtantiis tenentibus ſe ex parte venditoris ſeu creditoris, hoc eſt quantū valet ſpes, quòd ipſe eſſet conſecuturus. Caſus non eſt rarus apud Officiales Principū, qui poſſunt longè faciliùs ſua credita obtinere, quàm alii privati: Aliqui putârunt hujuſmodi contractum eſſe uſurarium. quos ſecutus eſt Salas *de Uſuris dub.* 27. *n.* 8. Qui AA. ſi loquantur de illis Officialibus, quorum officium eſt, ex pecuniis Principis ſolvere debita Principis, verum dicunt. Nam ſicut ipſe Rex aut Princeps tenetur totum ſolvere, ut ſupponimus, ità & Miniſtri ſolventes nomine Regis. Non loquimur autem nunc de his Miniſtris, ſed de Aulicis, qui ob Principum favores faciliùs impetrant ſolutionem.

102. DICENDUM eſt, contractum eſſe licitum. Ità P. Molina, Leſſius, Bonac. Lugo, & cæteri Theologi communiter. Probatur. Qui ſolvit, quantum res valet in communi æſtimatione, & in circumſtantiis in quibus eſt conſtituta independenter ab induſtria, aut aliis qualitatibus emptoris, ſervat debitam æqualitatem, etiamſi ipſe inde majus lucrum ſit conſecuturus, v.g. qui emit Auguſtæ gemmam 1000. fl. quam ſcit deſiderari in Gallia, & ibi valituram 2000. v.g. ob raritatem, etiamſi emptor poſſit eo transferre ſine ullo notabili periculo aut incommodo, ſine ſcrupulo emet pro 1000. quia non majori pretio emerent alii: non enim debet eſſe pejoris conditionis, quàm alii, ex eo quòd habeat faciliorem modum conſequendi debitum totum. Nam valor rei non debet penſari ex emptoris ſtatu & qualitatibus, ſed ex communi æſtimatione, ſi tale Ius venale proponeretur. Atqui ut ſupponitur, in communi æſtimatione Chirographum 2000. fl. non valet, niſi 1000. ob circumſtantias enumeratas. Emptoris autem conditio non auget ejus valorem aut æſtimationem quoad alios Emptores. Ergo, &c. Sicut ſi extaret venale aliquod Inſtrumentum Mathematicum, cujus uſum præter unum hominem in toto Regno nemo nôſſet, & ideo parùm valeret, fortè enim ſola materia æſtimaretur, Mathematicus ille poſſet licitè ſolvere pretium ſolius materiæ, & nihil pro arte in illo inſtrumento contenta. Hac ratione ſcio à Perſonis Eccleſiaſticis ſine ſcrupulo fuiſſe empta vaſa artificioſa aurea illo ſolo pretio, quod valebat auri vel argenti pondus; ipſi tamen artem magni fecerunt, & non niſi duplo pretio vendidiſſent.

103. DUBITATUR 3. Si debitum ſit liquidum, nulla æſtimabilis difficultas, nullum periculum, nullum damnum emergens aut lucrum ceſſans, an licitum ſit emere minori pretio, quia venditor v.g. non habet Ius adhuc exigendi debitum, ſed primùm poſt annum, & ideo mavult (quia fortè nunc indiget pecuniâ) nunc accipere minus ab emptore. Et quidem ſi id liberaliter remittet quod ampliùs eſt in debito, non eſt dubium, quia cenſetur donare, ſed ſi ex neceſſitate invitus adigitur, ſicut ad promittendas fœneratori uſuras, procedit quæſtio: quam quæſtionem meritò dixit Card. de Lugo n. 96. eſſe potiùs ſpeculativam, quàm practicam: in praxi enim non facilè continget, ut in hujuſmodi debitis nulla interveniat moleſtia, nullum periculum exactionis, saltèm in communi perſuaſione, nulli ſumptus, nullum lucrum ceſſans, aut emergens damnum, aut quid ſimile, ſufficiens ad juſtificandam emptionem minori pretio, quàm ſit ipſum debitum; ubi enim, inquit, reperitur hodie debitum ità in tuto poſitum, ut in ſecuritate æquivaleat pecuniæ præſenti?

Affirmativam tenent plurimi, quos refert, & ſequitur Sanchez *lib.* 1. *Conſil. c.* 7. *dub.* 17. & apud Leſſium Bellarminus, & plures alii viri doctiſſimi, præſertim Juriſtæ, quos etiam ſequitur VVadingus, ut proinde ſententiam hanc immeritò Salas cum Bannez improbabilem dixerit, ſaltèm ſi loquamur de probabilitate extrinſeca.

104. Negativam ſententiam defendit Molina, ſed non in illis terminis, in quibus refert VVadingus, nempe quaſi dixiſſet; ſi debitum poſſit recuperari *ſine magnis expenſis.* non enim in Molina reperitur illa particula *Magnis.* quæcunque enim exiguæ expenſæ faciendæ ſint, Molina non negabit, illas poſſe in pretium computari, & earum ratione minori pretio emi. Eandem tenet Leſſius, & alii innumeri, quos

ſequitur Salas, item Reginaldus, Valentia, Turrianus, Rebellus, quos ſequitur Lugo. Omiſsâ autem probatione Leſſii, & aliorum à poſteriori, & ex abſurdo, quòd hac ratione poſſent palliari uſuræ (quam rationem ſolvit Lugo) meliùs probatur cum eodem Cardinali à priori, & ex natura rei. quia ſecluſis omnibus titulis ſuprà relatis excuſantibus ab uſura, ſi ſolvatur minus pretium, non ſervatur æqualitas pretii cum re empta, ut cuivis conſideranti ſtatim apparet. Nam ſumma quæ emitur, & eſt certò obtinenda, utique valet 100. Ergo qui ſolvit minus, jam non ſolvit æquale. Probatur antecedens. Nam ex eo quòd poſt annum primùm exigi poteſt, ſi cætera abſint, non valet minus, quam ſi de præſenti obtineri poſſet, alioquin Vſura eſſet licita, quæ ſemper eſt conjuncta cum temporis dilatione.

Dicunt adverſarii, in tali caſu non emi ipſam pecuniam, ſed Ius & actionem ad illam exigendam: atqui *minus eſt actionem habere quàm rem*, ut habet regula Iuris 240. Ità VVadingus. Verùm ipſe Author non advertens ſtatim in ſequentibus totam cauſam deſtruit, dum ad regulam priori contrariam (quoad verba) *Qui actionem habet, ad rem recuperandam, rem habere videtur.* reſpondet, hoc verum eſſe *fictione Iuris, & quaſi aſtimatione, non verò realiter* (utique; quis hoc neſcit?) *cùm* (inquit) *longè aliud ſit, & longè NB. commodius, & utilius, rem actu poſſidere, quàm habere actionem ad acquirendam poſſeſſionem.* Hoc inquam, eſt caſum deſtruere, & extra chorum ſaltare: non enim loquimur de caſu, quo utilius eſt, pecuniam ſuam recipere, quàm pro ea aliam poſtea exſpectare; nam ſi hæc major utilitas adeſt, ea erit pretio æſtimabilis vel ob lucrum ceſſans, vel ob damnum emergens, vel ob moleſtias, periculum, aut quid ſimile, & ſic jam ſumus extra caſum. Itaque poſterior regula maximè locum haberet in caſu quo ſine ulla incommoditate poteſt quis, institutâ actione, rem ipſam obtinere. prior verò regula procedit de communiter & ferè ſemper contingentibus, ob metaphyſicam raritatem casûs, quo abſunt omnes tituli purgantes vſuræ labem.

105. DUBITATUR 4. An non ſolùm alius tertius poſſit actionem talem emere minori pretio, quod de præſenti ſolvit pro debito in tempus futurum exigendo, ſed etiam ipſe debitor poſſit ità emere, anticipatâ ſolutione, ſaltèm ſupponendo ſententiam in præcedente dubio affirmativam. Aliqui affirmârunt. Sed ferè omnes negant, etiam ex illis qui tertio emptori hoc concedunt. Quibus tamen iterum contradicit P. VVadingus, citans Navarrum, Sà & Toletum. Probat. Quia id quod hîc venditur, non ſunt v. g. 100. floreni debiti, (quia reverâ necdum debentur) nec eſt actio, quia actio necdum datur, naſcitur enim tunc primùm, quando tempus advenit, quo ſolvendum eſt. ſed eſt Ius & obligatio, quæ ſtatim ex contractu naſcitur. Deinde addit pro confirmatione, ſe vidiſſe caſum contigiſſe non ſemel, nempe quando creditor valde indigebat pecuniâ præſenti, & accedebat debitorem, rogans, ut debitam pro futuro ſolutionem anticipatet, ſe paratum vendere Ius quod habebat in futurum multò minoris. & illam emptionem à viris doctis fuiſſe approbatam. [Quia circumſtantia temporis turbulenti, impotentia, quæ prudenter timeri poterat futura debitoris, difficultas comparandi pecuniam in tali tempore, commodum quo ſe privabat debitor per alienationem pecuniæ ante tempus, & multa alia quæ concurrebant, judicium vulgare faciebant, credita. 1000. poſt longum tempus ſolvenda pró præſenti non valere. 800. unde judicârunt, ſententiam Navarri illis circumſtantiis eſſe probabilem.] Ità quidem ille, ſed iterum extra caſum de quo diſputatur, ut patet legenti cæteros Theologos; qui Navarro non eſſent contrarii, ſi in ſenſu P. VValdingi lucutus eſſet, quia totum quod VVadingus dicit, ultrò concedunt. Sed Navarrus loquitur in caſu, quo talia non intercurrunt, quæ ſunt apta excuſare ab uſura.

Meliùs ergo ad propoſitum reſolvit Lugo cum diſtinctione. Si enim debitum non eſt liquidum ſed dubium, ſi anticipatio ſolutionis affert ſecum lucrum ceſſans, vel damnum emergens debitori, &c: poteſt minori emere ipſe debitor non minùs, quàm quivis alius tertius. Quando verò difficultas debiti obtinendi provenit ab ipſo debitore, qui quod ſponte ſolvere debere, ſuo tempore, & etiam facilè poſſet, ſed non ſolvet ſine moleſtiis & ſumptibus creditoris, jam habetur diſparitas inter ipſum debitorem & alios; quia alii poterunt minore emere ob periculum ſumptuum &c. debitor verò non item; quia ſuâ culpâ reddit ſolutionem difficilem.

106. DUBITATUR 5. An quando Emptor Nomen emptum minoris emit, poſſit debitor ceſſus uti exceptione adverſùs emptorem, ſe non ad plus teneri quàm ipſe ſolvit venditori, Rationem dubitandi præbuit Iureconſultis Conſtitutio Anaſtaſiana, quæ exſtat in lege 22. *C. Mandati.* Verior eſt ſententia, dictam Conſtitutionem veluti ad fraudem, quæ ſolet eſſe in pacto de quota litis, avertendam introductam, ſolummodo ad redemptionem alienarum litium, aut defacto ſuſceptarum, aut ſaltèm juſtè ac probabiliter metuendarum, adeoque ad ceſſiones Nominum dubiorum & incertorum pertinere. niſi vel conſenſus debitoris ceſſi acceſſerit, vel aliàs ceſſionem non animo debitorem graviùs inquietandi, & onerandi factam eſſe, ex concurrentibus circum-

ſtantiis

ſtantiis appareat. Hanc ſententiam quæ eſt contra communem Interpretum, arbitrantiom dictam Conſtitutionem ad ſolas indubitatas actiones pertinere, ſubtiliter, & doctè defendit Arnoldus Rath. *th. 31. de contrah. empt* Audiamus ipſum Anaſtaſium Imperatorem.

107. [Per diverſas interpellationes ad nos factas, comperimus quoſdam alienis rebus fortuniſque inhiantes, ceſſiones aliis competentium actioonum in ſemetipſos exponi properare, hócque modo diverſis perſonas litigatorum vexationibus afficere: cùm certum ſit pro indubitatis obligationibus eos magìs quibus antea ſuppetebant, Iura ſua vindicare, quàm ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque legem jubemus impoſterum hujuſmodi conamina inhiberi, nec enim dubium eſt, redemptores litium alienarum videri eos eſſe, qui tales ceſſiones in ſe confici cupiunt: ità tamen, ut ſi quis datis pecuniis hujuſmodi ſubierit ceſſionem, uſqoe ad ipſam tantummodo ſolutarum pecuniarum quantitatem, & uſurarum ejus exactiones exercere permittatur: licèt Inſtrumento ceſſionis, *venditionis* nomeo inſertum ſit: exceptis ſcilicet ceſſionibus, &c.]

Poſt hæc ponuntur caſus, quibus permittitur fieri ceſſio. Nempe inter hæredes, quorum unus poteſt alteri cedere actionem. Item ſi creditor acceperit à ſuo debitore nomen ſui debitoris in ſolutum, aget Iure ceſſo. Vel ſi patiatur creditor controverſiam ſuper pignoribus ſibi obligatis, poteſt petere ut debitor cedat ei actionem; vel ſi patiar actionem à non domino ſuper re, quam poſſideo, poſſum petere ut mihi cedatur Ius fructuarii vel ſuperficiarii, ut ſic poſſim me tueri adverſùs verum dominum: vel, ſi poſſideam, rem in Emphyteuſim, poſſum petere ut dominus mihi cedat actionem ſuam. Item legatarii poſſunt petere ſibi fieri ceſſionem ab hærede. Denique ſi titulo donationis cedatur actio, ſuſtinetur ceſſio.

Circa hanc Conſtitutionem, cujus hodie ſummam eſſe utilitatem dicit Berlichius (quam tamen deſuetudine antiqoatam, ac ſine nova Legislatoris ſanctione ampliùs practicari non poſſe, alii exiſtimant, & inclinat Arnoldus Rath) idem Berlichius *parte. 1. decis. 32. & 33.* ad ejus intellectum pluribus diſcurrit; & n. 20. cum aliis Iuriſconſultis concludit, illi Conſtitutioni locum non eſſe, quando actio eſt in Iudicium deducta, & reus debitum fatetur, actióque eſt indubitata.

Immò Arnoldus Rath *th. 32.* ulteriùs procedit, atque, ne quidem in ceſſione nominis incerti ac dubii, licèt minori pretio facta, confeſtim, & indiſtinctè Conſtitutiooem Anaſtas: locum habere, nec congruum & Iuſtum pretium, quod pœnam prædictæ conſtitutionis excludit, præcisè ex quantitate ipſius ceſſi debiti æſtimari, quidquid dixerit Imola, cùm ex variis cauſis minus poſſit eſſe, habere actionem ad rem, quàm rem ipſam, ut ſuprà dixi. & meritò dicunt aliqui, fatuum eſſe, qui pro actione ad 100. daret in parata pecunia centum. Sed reſpiciendum eſſe ad ceſſi nominis idoneitatem, expenſas & moleſtias futuræ exactionis, dubiúmque judicii eventum conſiderandum: quæ omnia deducuntur ex ſuperiùs dictis, & infrà dicendis de *Iuſto pretio*.

Porrò, quia per Anaſtaſianam conſtitutionem non ſatis fuiſſet fraudibus obviatum, Iuſtinianus l. 23. ulterius remedium adhibiturus: [Sancimus, inquit, nulli licere partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis, & venditione actionum habitâ, partem autem donationis titulo videri transferre: ſed ſi voluerit debitum totum purè donare, & per donationem actiones transferre non occultè, nec per artes clandeſtinas pecunias ſuſcipere, publicè autem ſimulatam donationem celebrare, ſed undique puram, & non ſimulatam facere donationem, hujuſmodi enim donationibus non adverſamur.]

108. Quæres: an id quod Ceſſionatio ſeu emptori actionum, & nominum vi harum conſtitutionum detrahitur, ab ipſo cedente vel vendente poſſit adhuc exigi. Alii ſine diſtinctione affirmant, alii negant. Arnoldus Rath diſtinguit, ut ſi in caſu Anaſtaſianæ Conſtitutionis adeoque in caſu ſolius Venditionis verſemur, emolumento hoc non gaudeat in effectu debitor, ſed cedenti ſeu vendenti actio ſalva permaneat: ſecùs, ſi ejuſmodi nomen partim venditum, & partim donatum fuerit, quo caſu Iuſtinianea Conſtitutio debitorem omnino liberat his verbis. §. 1. [Si quis autem occultè aliud quidem agere conatur, & pecunias pro parte accipit, & vendit particulatim actiones, partem autem donate ſimulat, vel ipſi qui emptionem actionis partim ſubit, vel forſitan alii per ſuppoſitam perſonam, hujuſmodi machinationem penitus amputamus, ut nihil ampliùs accipiat, quàm ipſe vero contractu reipsâ perſolvit, ſed omne quod ſuperfluum eſt, & per figuratam donationem translatum, inutile eſſe ex utraque parte cenſemus: & neque ei qui ceſſit actiones, neque ei qui eas ſuſcipere curavit, aliquid lucri vel fieri, vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes, eſſe utrique eorum actionem.] Et §. 2. Statuit hoc ipſum pro caſu quo quis donationem quidem omnis debiti facere aſſimulaverit, aliquid autem occultè acceperit.

Prius membrum diſtinctionis datæ (ſecundùm quod reſponderunt in facti contingentia Scabini Lipſienſes, apud Berlich. deciſ. 35.) probatur ex Regula generali, quòd Iuris correctio ſit vitanda: Anaſtaſiana autem conſtitutio non corrigatur quoad caſum Venditionis omnimodæ, de quo non erat ſtatutum, ut emolumentum eſſet debitoris, nam ſolius ementis odio concepta eſt,

ac

ac proinde ſatis eſt, ipſi reſiduum denegari; non autem inſuper venditor puniendus eſt, quia pœnæ ſunt potiùs reſtringendæ. Addunt AA. inſuper & hanc rationem differentiæ inter utrumque caſum, quòd cedens priori caſu, ſcilicet ceſſionis ex ſola venditionis cauſa factæ, unam tantùm fraudem committat, nimirum contra leges veteres pactum de quota litis improbantes: in ſecundo verò caſu committat tam contra leges veteres, quàm etiam contra Conſtitutionem Anaſtaſii. ergo debet magìs puniri.

109. Ego tamen, ſalvo aliorum Iudicio, primum diſtinctionis membrum ſubdiſtinguerem. Vel enim Venditor eſt reverâ moraliter particeps fraudis quæ ab emente committitur, vel non eſt particeps. ſi non eſt particeps, procedit doctrina data, quia ſine culpa non eſt quis puniendus. Si verò, ut ſupponitur, eſt particeps, meretur utique pœnam. quod etiam Rath agnoſcit, dum ait, in altero caſu eſſe *magìs* puniendum. Ergo in priori caſu commiſſæ ſimplicis fraudis eſt etiam puniendus: atqui non apparet alia pœna, quàm quòd non poſſit agere ád reſiduum. Ergo valde rationabiliter diceretur, quòd nec tunc poſſet agere ad reſiduum. Neque Juſtinianus videtur voluiſſe novam pœnam introducere, ſed ſolùm priorem ad novum caſum extendere, nempe donationis ſimulatæ aut partialis. quod videtur indicari §. 3. his verbis. [Sed ne videamur in tanta temporum noſtrorum benevolentia aliquid acerbius admittere: in futuris poſt præſentem legem caſibus hæc obſervari cenſemus: ut omne quod contra Anaſtaſianam legem excogitatum eſt, hoc impoſterum noſtro perfruatur remedio.]

§. VI.

De Venditione Officiorum Publicorum, Rei aliena, & Emptione rei ſua.

SUMMARIUM.

Quenam Officia publica vendi poſſint de jure natura. 110.

Iure Civili eſt interdicta: ſed prohibitio pluribus in Provinciis abrogata. eod.

Res aliena furtiva poteſt validè vendi ignoranti emptori. 111.

An valeat venditio rei aliena non furtiva, ſi uterque ſciat eſſe alienam. eod.

Qua ſit obligatio venditoris monendi Dominum vel Emptorem. 112.

Quomodo poſſit venditor obligari ad rem alienam venditam tradendam. eod.

Notabile diſcrimen inter obligationem tradendi rem venditam, & alias obligationes. 113.

An poſſit quis emere rem ſuam, abſolutè, vel ſub conditione. 114.

110. DICENDUM eſt, *Iure naturæ inſpecto*, & ſecluſis legibus poſitivis aliud ſtatuentibus, poſſe Officia publica, civilem profanam ac temporalem aliquam poteſtatem continentia, licitè vendi perſonis idoneis, & de quibus ſpes eſt, eos benè functuros, Eſt communis ſententia contra Adrianum *in 4. de reſtit. & Salonem 2. 2. q. 4. n. 11.* quorum fundamentum erat, Principes non eſſe Dominos, ſed tantùm adminiſtratores hujuſmodi officiorum. Sed contrarium tenendum eſt, ejuſmodi officia eſſe in bonis ſeu patrimonio Principum, ut tradunt Interpretes in *cap. 1. & 2. ne Prelati vices ſuas.* & Baldus in legem *Barbarius. ff. de Off. Prat.*

Dixi: *Secluſis legibus poſitivis.* Nam Iure civili hujuſmodi venditio interdicta legitur *Nov. 8. c. 7. & Nov. 17. cap. 9.* & hoc ob graviſſima inconvenientia meritò poterat prohiberi: quòd periculum eſſet, ne opulenti, licèt minùs idonei, emerent officia, & deinde pretium ſolutum ex ſubditis iniquis modis iterum extorquerent, lites excitando, de induſtria prorogando, &c. Verùm, hæc prohibitio eſt abrogata in plurium Regum & Principum ditionibus, ut experientia teſtatur, & Azor *lib.* 8. c. 7. §. *ſecundò quæritur*, ait, paſſim ea vendi non ſolùm in Principum, vel Regum Curiis, ſed etiam in Romana Curia. & infrà §. *Caterùm.* affert ſpecioſas rationes, quòd ità fieri expediat, eò quòd emptores metu pœnæ, ne officium amittant ſimul, & pretium quod dederunt, cogantur ſuo munere rectè fungi: & Principes poſſunt ipſos Emptores faciliùs officiis amovere, & pœnis coërcere, quàm ſi gratis ea officia contuliſſent. De his plura dicere non eſt operæ pretium, quia quidquid dixeris, conſuetudo prævalebit, dummodo ſerventur, quæ Iure naturæ ſervanda ſunt, nempe ut venditiones juſto & moderato pretio fiant, & illis perſonis, de quibus probabilis ſpes ſit, eos benè ſuo officio, vel per ſe, vel per alios (ſi hoc officium patitur) functuros.

Agunt hìc aliqui de Emptione Cenſuum annuorum, & eorundem redimibilitate. Sed quæſtio hæc ad contractum Cenſualem, ſeu de Cenſibus ſpectat, de quo infrà ſuo loco. Nunc de Venditione rei alienæ.

111. Certi Iuris eſt, Rem alienam furtivam poſſe contractu vero & valido, ac utrinque obligationem inducente, vendi Emptori ignoranti eſſe rem alienam, ſive venditor ſciverit eſſe alienam, ſive ignoraverit. *l.* 28. *ff. de contr. Empt. Rem alienam diſtrahere quem poſſe, nulla dubitatio eſt. Nam emptio eſt, & venditio: ſed res emptori auferri poteſt.* Nempe à Domino, Rei vindicatione. Quòd autem ex parte Emptoris ignorantia requiratur, habetur *l.* 34. §. 3. *eod.* [Item ſi & Emptor & Venditor ſcit furtivum eſſe, quod venit, neutrâ parte obligatio contrahitur. Si emptor ſolus ſcit, non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quidquam conſequitur,

niſi

Digitized by Google

niſi ultrò quòd convenerit, præſtet. Quid ſi Venditor ſcit, emptor ignoravit? utrinque obligatio contrahitur.] Venditor quidem obligatur ad intereſſe, & de Evictione (quod infrà explicabitur) Emptor ad ſolvendum pretium.

Dubium eſt, an ſi res ſit aliena quidem, ſed non furtiva, ſed ex alio titulo, & uterque ſciat, rem eſſe alienam, an tunc Contractus valeat. P. VVadingus dicit, ſe non videre ſufficiens fundamentum diverſitatis, adeoque vult non valere. Gloſſa tamen, inhærens verbia legis expreſsè de furto loquentis, ait Contractum tunc valere. Quòd autem poſſit hujus diverſitatis eſſeratio fundata in ſpeciali turpitudine furti, ejusque pernicioſiſſima frequentia, cujusmodi non ſunt alii tituli, ex quibus poteſt quis detinere rem alienam, patet ex eo, quòd leges aliquid ſpeciale de re furtiva conſtituerint in materia Præſcriptionia, ut nempe res furtiva præſcribi non poſſit ordinario tempore; ut ſuo loco dictum: ergo ex ſimili fundamento potuit nolle valere contractum emptionis rei furtivæ, quando neuter ignorans eſt, & uterque fraudi ſcienter cooperatur, ut re alienâ traditâ difficilior recuperatio Domino evadat.

Contra id verò, quòd valeat Contractus, emptore ſaltèm ignorante, movetur argumentum non leve, à ratione petitum. Impoſſibile eſt, aliquem obligari ad illicitum: atqui in caſu tali Venditor obligaretur ad illicitum: ergo impoſſibile eſt, ipſum obligari. Minor probatur. Venditor obligatur ad rem venditam tradendam: nam licèt non obligetur, ut faciat rem eſſe in dominio emptoris, eſt tamen de eſſentia venditionis, ut obligetur ad præſtandum, *habere licere*; ut Iura loquuntur. id eſt, ad tradendam poſſeſſionem, cum obligatione ad Intereſſe in caſu evictionis. atqui talis etiam traditio eſt illicita: quia ſciens eſſe alienam, tenetur eam non tradere emptori, ſed ſuo Domino, & ſi Dominum ignorat, tenetur illam rem aſſervare, donec Dominum intelligat, &c. ut *in* 1. *to.* explicatum eſt, cùm ageretur *de rebus alienis inventis, & de debitis incertis.* & Dominus eſt rationabiliter invitus, & invitus eſſe præſumitur, quia redditur illi difficilior rei ſuæ recuperatio. Ergo à primo ad ultimum non apparet, quomodo in venditore naſcatur obligatio illa, quæ eſt de Eſſentia Venditionis. Reſpondet VVadingus cum Pelvæo *tr. de Rei alienæ diſtractione.* Venditorem quidem in tali caſu peccare celebrando contractum, facto tamen contractu, & poſitâ illâ malitioſâ voluntate, leges ob bonum publicum reddere traditionem licitam, & conſequenter naſci obligationem ad aliquid licitum, non præcisè ex voluntate Vendentis, ſed ex diſpoſitione ſupremæ poteſtatis, potentis Iura domini ſuſpendere, ejusque voluntatem ſupplere, ejusque loco & nomine conſentire. Reſponſionem hanc videtur reipsâ ſupponere Arnoldus Rath th. 38. (quamvis poſitam difficultatem non ſatis exprimat, ſicut nec alii Juriſtæ) dum ait, ità ſtatui æquiſſimum fuiſſe, ne alioquin pleræque venditiones non tantùm ſubverterentur, ſed impedirentur etiam non ſine magno commerciorum diſpendio, quæ vix alium frequentiorem contractum habent, quàm Emptionem & Venditionem.

112. Certum tamen apud Theologos eſſe debet, quòd talis venditor, re traditâ, teneatur in conſcientia monere Dominum rei, ſi illum ſciat; ſi neſciat, monere debet emptorem, rem eſſe alienam, quia fraus & dolus eſt, emptorem inducere ad emendam rem alienã, quam non emeret, ſi ſciret eſſe alienam.

Reſponſio allata mihi difficilis eſt. Nam leges allatæ ſunt reſponſa Vlpiani & Pauli ICtorum, qui declarârunt naturam hujus Contractûs, ut eſt contractus Iurisgentium, & non tulerunt novam legem, ut explicat reſponſio allata. Videndum ergo eſt, quo alio modo poſſit defendi, traditionem talem eſſe licitam, ad quam venditor ſciens rem eſſe alienam ſe poteſt obligare. Porrò, in tantum traditio rei alienæ erit illicita, in quantum eſt domino rei damnoſa, ut proinde ſit rationabiliter invitus. Et econtra in tantum erit licita, in quantum fieri poteſt abſque domini præjudicio & damno, ac proinde, ut non poſſit eſſe rationabiliter invitus.

Dicamus ergo, obligari quidem venditorem ad rem venditam tradendam, ſed non niſi ad tradendam tali modo, quo traditio domino non eſt incommoda, nec injurioſa. adeoque leges adductas ſolùm loqui (nec enim aliter poterant cum veritate aſſerere) naſci utrinque obligationem, In caſu quo venditor ſcit rem eſſe alienam, emptor verò ignorat, quando Dominus rei non poteſt eſſe rationabiliter invitus. & quia plerumque non eſt rationabiliter invitus, ità ex communiter contingentibus poterant abſolutè dicere, contractum valere, & naſci obligationem tradendi modo licito.

Quòd autem per ſe, & communiter loquendo, non poſſit eſſe rationabiliter invitus, declarari poteſt hoc modo. Vel venditor ſcit quidem rem eſſe alienam, ſed neſcit, cujus ſit, v. g. quia ipſe rem emit à fure. vel ſcit Dominum vel neſcit Dominum, per ſe loquendo æquè optabile eſt, imò optabilius Domino, rem tradi alteri, quam apud venditorem manere. ſic enim faciliùs innoteſcere ipſi poteſt, ubinam res exiſtat, emptor enim neſciens rem eſſe alienam, & inſuper ſciens venditorem teneri de evictione, non erit ſollicitus de re empta occultanda, prout eſſet venditor. quare major ſpes enaſcitur, fore ut poſſit aliquando rei Dominus rem ſuam evincere & vindicare, quàm ſi maneret penès venditorem. Si verò venditor ſciat Dominum, & non habeat (ut ſupponitur) animum Domino rem reſtituendi, ſed venden-

vendendi & alteri tradendi, tunc iterum eſt potiùs optabile ut tradatur alteri, quàm ut maneat penes venditorem; eſt enim iterum major ſpes vindicationis, & inſuper habet obligatum in conſcientia venditorem, ad manifeſtandum ſibi apud quem res ſit, ad ſolvendam æſtimationem, vel ad recuperandam rem traditam, ad informandum emptorem: &c. Ergo traditio cum tali obligatione eſt optabilior, quàm retentio in iſtis circumſtantiis, ut conſideranti patet. Sæpè etiam ob diverſas jurisdictiones eſt difficilius vindicare rem à venditore, quàm ab emptore: pone enim dominum eſſe civem, furem eſſe militem, emptorem etiam eſſe civem: eſt utique optabilius, rem eſſe apud civem, quàm apud militem. Quodſi nullo horum modorum eſt domino optabilis traditio, dico, legem de tali caſu non eſſe intelligendam, vel eatenus eſſe nullam, quia obligat ad illicitum, quod eſt impoſſibile.

113. Ex dictis rectè concludunt Interpretes, non eſſe de Subſtantia hujus contractûs, ut obliget ad transferendum dominium rei venditæ, ſicut eſt, ut obligetur emptor ad transferendum dominium pretii: ſed ſolùm obligari venditorem ad rem tradendam, & quantùm in ſe eſt, ad faciendum, ut emptori rem habere liceat, ut habetur *l. 11. §. 8. & 17. ff. de act. empti.* quod aliud non eſt, quàm de Evictione teneri, ut infrà declarabitur. Hinc ſequitur notabile diſcrimen inter hujus contractûs obligationem tradendi, & alias obligationes, v. g. ex Permutatione, ratione legati, dotis, donationis, dationis in ſolutum. Nam in his omnibus eſt obligatio transferendi dominium, & etiamſi res eſſet tradita, ſed non eſſet translatum dominium, adhuc alteri maneret ſalva actio, v. g. præſcriptis verbis, ex lege, ex teſtamento, ex ſtipulatu, &c. At verò in venditione & traditione rei alienæ, nulla ampliùs competit Emptori actio ex empto, ad acquirendum dominium.

Veniamus nunc ad tertiam tituli partem, ubi quæritur, an quis poſſit emere rem ſuam, ità ut ex tali contractu naſcatur obligatio.

114. DICENDUM eſt, non poſſe quem emere rem ſuam purè & abſolutè, ſed benè ſub conditione, & in tempus quo deſinet eſſe mea. Primum habetur *in lege 16. ff. h. t.* [Suæ rei emptio non valet, ſive ſciens, ſive ignorans emi: ſed ſi ignorans emi, quod ſolvero, repetere potero, quia nulla obligatio fuit.] Alterum habetur in l. 61. eod. [Exiſtimo, poſſe me id quod meum eſt, ſub conditione emere, quia fortè ſpectat, meum eſſe deſinere.]

Rationem dubitandi tamen movet & ſolvit ſubtilis Arnoldus Rath. Nam etſi venditor ſciens rem eſſe meam, non poſſit eam magis meam facere, quàm antea fuerit: attamen cùm me decipiat, videtur venditor ob dolum teneri in omne id, quod meâ intereſt: quemadmodum ſi ignoranti mihi ſciens hominem liberum, vel rem ſacram & religioſam vendidiſſet, eſto in neutro caſu venditio quoad alienationem ſubſiſtat. Reſpondet, negando ſuppoſitum, nempe quòd Emptoris interſit, non fuiſſe deceptum: nam factâ traditione habet rem, ejúsque dominium: ergo nihil twupereſt, quod petat, utpote habens omnia quæ petere poſſet; ſi verò pretium ſolvit, condictione indebiti repetere poteſt. Aliter ſe res habet, cùm emitur res, quæ non eſt in commercio humano, ut res ſacra, homo liber: decipitur enim emptor, quia abeſt illi dominium rei non exiſtentis in commercio humano. Intereſt autem emptoris, illam rem habere: ergo venditor poteſt conveniri ad intereſſe ſolvendum.

Dices. Saltèm ſervire poteſt talis contractus ut Venditor obligetur ad tradendum. ℞. Cùm ſciat rem eſſe emptoris, antecedenter jam obligatur ad eam tradendam, quodſi non obligatur, tunc traditio utique emi poſſet.

CONTROVERSIA XV.

Quid Iuris competat Emptori adversùs Venditorem rei alienæ, re evictâ.

§. I.

In quibus Contractibus obligatio de Evictione locum habeat

SUMMARIUM.

DEfinitio Evictionis. 115.
Habet locum etiam in detentione rei alienæ ex contractu innominato. eod.
Item ſi res detur in ſolutum. eod.
Item in re aliena in dotem data. eod.
Item in diviſione hæreditatis, vel rerum Societatis. eod.
Item in transactione ſi alienum datum eſt. eod.
Item ſi res frugifera vendita eſt, in qua uſusfructus evincitur. eod.
An etiam teneatur, qui donavit, vel promiſit donare rem alienam. 116.
Duo Evictionis capita, unum ad rem defendendam, alterum ad intereſſe. 117.
Ad quid tendat hæc actio: & quando agi poſſit. eod.
An venditor conveniri poſſit ad intereſſe, quantumcunque illud ſit, etiam de futuro. 118.
An venditor teneatur emptori ad refundendos ſumptus litis. 119.
Quidſi conventus emptor vicit, ſed actor non fuit in expenſas condemnatus. 120.

Intelle-

Intellectus legis 8. C. de Evictionib. 121.
Solvitur dilema. eod.
An obligatio refundendi ſumptus ſit acceſſoria Evictionis. eod.

115. EVictio definitur à Iuriſtis: *Rei noſtræ, quam adverſarius legitimo titulo acquiſivit, per Iudicem facta recuperatio.* Ab aliis ſic. *Rei aut emptæ, aut ex alia legitima cauſa acceptæ, interpoſito decreto Iudicis, abductio, vel amiſſio.*

Ex qua definitione colligitur, Evictioni non ſolùm locum eſſe, quando res aliena detinetur ex empto, ſed etiam, quando aliis modis detinetur. Et quidem cum obligatione de eadem evictione. Nam imprimis locum habet, quando detinetur res aliena ex Permutatione vel alio contractu innominato: arg. legis 29. *C. de Evict.* [Si permutationis gratiâ prædia curatoribus quondam fratris tui mater tua dedit: his quæ in eorum vicem accepit, poſteaquam ad defenſionem fuerit denuntiatum, vel cùm eorum non haberet facultatem, evictis, quanti intereſt, eos conveniri poſſe, rationis eſt.] Ratio eſt, quia Permutatio eſt ſimilis emptioni, quam, ut ſuprà vidimus, præceſſit, antequam eſſet pecunia.

Deinde locus eſt, ſi res aliena detur in ſolutum. *l. 8. C. de ſententiis & interlocutionibus omnium judic.* ibi. [Si motâ quæſtione, præmiſsâ denuntiatione ei qui auctor fuit, judicatum proceſſit: quanti tuâ intereſt, empti, ſi emiſti, vel ob debitum reddendum, ſi in ſolutum data eſt, repetere non prohiberis.] Idem de quovis contractu oneroſo procedit.

Tertiò, de Evictione tenetur, qui rem alienam dat in dotem. *l. 1. C. de Iure dot.* [Evictâ re quæ fuerat in dotem data, ſi pollicitatio vel promiſſio fuerit interpoſita, gener contra ſocerum, vel mulierem, ſeu hæredes eorum, condictione, vel ex ſtipulatione agere poteſt.]

Quartò, locum habet in hæreditatis vel rerum Societatis Diviſione; in qua tamen illud ſingulare eſt, quod licèt ea cæteroquin cum permutatione vel emptione ſimilitudinem habeat, in diviſione tamen, re evictâ non teneatur dividens ad intereſſe, ſed ſolummodo ad ipſum rei pretium pro virili parte refundendũ: arg. legis 14. *C. fam. erciſc.* [Si familiæ Erciſcundæ judicio, quo bona paterna inter te, & fratrem tuum æquo Iure diviſa ſunt, nihil ſuper evictione rerum ſingulis adjudicatarum ſpecialiter inter vos convenit, id eſt, ut unusquisque eventum rei ſuſcipiat, rectæ poſſeſſionis evictæ detrimentum fratrem & cohæredem tuum pro parte agnoſcere præſes provinciæ per actionem præſcriptis verbis compellet.] Rationem diſcriminis inter Diviſionem & Emptionem reddit Arnoldus Rath th. 69. quia venditor rei alienæ emptorem decipit, non item rem cohæredi vel Socio ex diviſione tradens, utpote cujus non major culpa dici poſſit, quàm ipſius accipientis, adeoque res cenſeatur communi culpâ evicta eſſe: nihil itaque eſt, cur dividenti, & extra culpam exiſtenti, ejusmodi ſaltèm extrinſecum intereſſe imputetur, niſi fortè res evicta ſit non facto ſive defectu Iuris ipſius defuncti, ſed proprio facto, ſive culpâ ipſius dividentis ſive rem ex ipſa diviſione alteri tradentis, v. g. ſi communem fundum antea pro parte ſua obligaverit, & nullam hujus obligationis mentionem fecerit in diviſione; vel in cauſa evictionis per malitiam, aut negligentiam non ediderit ſua inſtrumenta, quibus actorem repellere potuiſſet. quæ habentur tum in *l. 7. C. communi divid.* tum in *l. 24. C. de fideicommiſſis.* ſed hæc aliò ſpectant.

Quintò, locum habet in Tranſactione, nempe ſi alienum datum eſt, ut adverſarius à lite deſiſtat, v. g. dediſti Titio tecum contendenti de prædio, fundum, ut deſiſtat à lite, & prædium tibi liberum relinquat: ſi fundus evincatur, teneris de Evictione, quia fundum cum litis dubiæ ceſſione commutâſti. Non tamen econtra Titius tibi tenebitur de evictione prædii, imò nec fundum reddere tenebitur, quia prædium tibi non dedit, nec pro fundo commutavit. arg. l. 33. *C. de Tranſact.* [Si pro fundo prædium certis finibus liberum dari tranſactionis causâ placuit, licèt hoc prædium obligatum pòſt, vel alienum pro parte fuerit probatum, inſtaurari deciſam litem prohibent iura.]

Sextò, locus eſt actioni de evictione contra eum, qui rem frugiferam vendidit, in qua uſusfructus evincitur. *l. 49. ff. de Evict. Si ab Emptore uſusfructus petatur: perinde is venditori denuntiare debet, atque is à quo pars petitur.* De aliis ſervitutibus evictis diſtinguunt DD. inter Venditorem ſcientem, rem eſſe ſervituti obnoxiam; & neſcientem: prior tenetur de evictione etiam quoad intereſſe, poſterior, ſolùm ad id, quo minus empta fuiſſet res, ſi libera fuiſſet. Colligunt ex lege 75. ff. eod. [Quod ad ſervitutes prædiorum attinet, ſi tacitè ſecutæ ſunt, & vindicentur ab alio. Quintus Mucius & Sabinus exiſtimant venditorem ob evictionem teneri non poſſe: nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo Iure, quòd tacitè ſoleat accedere, niſi, ut optimus maximúsque eſſet, traditus fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni ſervitute præſtandum: ſi verò emptor petat viam, vel actum, venditorem teneri non poſſe; niſi nominatim dixerit, acceſſurum iter, vel actum.]

116. Denique quoad Donationem Rei alienæ, an donans teneatur de evictione, communis DD. ſententia diſtinguit, ut in compendio refert (nec hîc pluribus diſputare neceſſe eſt, cùm huc non pertineat) P. VVadingus. Si Donator expreſsè promiſit præſtare evictionem, tenetur; item ſi promiſit donare, & non donavit, tenetur de evictione, quia promiſit ſe curaturum, ut res fieret alterius. Quando verò donavit ſimul &

tradidit, non tenetur de evictione, ſi tamen ſciverit rem eſſe alienam, tunc tenetur actione de dolo. Quare non teneatur de evictione, ratio eſt, quia eſt contractus merè lucrativus, nec decet liberalitatem donantis odioſis illis oneribus gravari.

Hæc ratio ſemper mihi viſa eſt etiam probare de eo qui donare promiſit. Non aſſequor enim, quare iſte teneatur de evictione, antequam rem promiſſam tradat, & actu donet, & ab hac obligatione liberetur poſtquam actu tradidit: nam & illa promiſſio eſt mera liberalitas, & meritò præſumitur ſolùm ſub tacita conditione promittere. *ſi res ſit ipſius.* & ità ſentiunt etiam cum aliis P. Molina, quos refert & ſequitur Palao *p.* 28. §. 1. *n.* 10. & favet *lex* 18. (quam adverſarii pro ſe malè citant) §. 3. *ff de donationib.* ubi dicitur. [Labeo ait, ſi quis mihi rem alienam donaverit, inque eam ſumptus magnos fecero, & ſic evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo poſſe me adversùs eum habere actionem, ſi dolo fecit.]

Omnium autem maximè & frequentiſſimè locum habet actio de evictione in contractu emptionis, & ideo de ea hoc loco ſpecialiter tractatur.

§. II.

Ad quid Actio empti ex cauſa Evictionis competat, & tendat.

117. Sunt autem duo evictionis capita: unum ad rem defendendam, id eſt, ut Venditor emptorem inſtruat, liti aſſiſtat, & probationes adferat. Alterum ad id quod intereſt. Ex priori capite agi poteſt ante ſententiam, ſed non niſi poſt litem motam. Ex poſteriori, non niſi poſt ſententiam re evictâ, *actione Empti* ex cauſa evictionis. Nam ſi ex aliis cauſis paulò antè enumeratis evictio præſtanda eſt, dantur actiones pro illis cauſis conſtitutæ, v. g. ſi ex permutatione. Actio *præſcriptis verbis.* de actione Empti exſtant plures leges. *C. de Evictionibus.* l. 6. dicitur eam dari, etiamſi eam venditor non ſpecialiter promiſerit. *Non dubitatur, etſi ſpecialiter venditor evictionem non promiſerit, re evictâ ex empto competere actionem.*

Tendit hæc actio primò ad repetendum pretium, ſi ſolutum fuit, quo res inter contrahentes fuit æſtimata, ità ut neque ſecuti augmenti, neque decrementi ulla ratio habeatur, ſolúmque conſideretur ſtatus qui erat tempore contractûs, & appretiatio tunc facta, ſive ea fuerit juſta, & æqualis ſive non. l. 13. ff. h. t. [Bonitatis æſtimationem faciendam, cùm pars evincitur, Proculus rectè putabat, quæ fuiſſet venditionis tempore, non cùm evinceretur.]

Ulteriùs hac actione petitur intereſſe particulare, quanti Emptoris præter expoſitum pretium intereſt, rem evictam non fuiſſe; & hoc, utpote incertum & ex variis eventibus pendens, recipit augmentum & diminutionem. Quandoque enim pluris, quandoque minoris, quandoque nihil ultra pretium intereſt. Ex hoc capite tenetur Venditor ad omnes acceſſiones rei, & quæcunque per occaſionem rei venditæ obvenire potuiſſent, quibus emptor carere cogitur ob evictionem: huc pertinent fructus agrorum, fœtus animalium, partus ancillarum, acceſſiones per alluvionem, uſusfructus, ſi fortè per conſolidationem rediit ad emptorem proprietatis: item ſi quæ per ſervum emptum adhuc obtingere potuiſſent. l. 8. ff. eod [Venditor hominis emptori præſtare debet, quanti ejus intereſt, hominem venditoris fuiſſe: quare ſive partus ancillæ, ſive hæreditas, quam ſervus juſſu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto poteſt: & ſicut obligatus eſt venditor, ut præſtet, licere habere hominem, quem vendidit, ità ea quoque quæ per eum acquiri potuerunt, præſtare debet emptor, ut habeat.]

Quòd non poſſit agere actione empti ex cauſa evictionis antè ſententiam latam, & quæ tranſierit in rem judicatam, habetur l. 3. C. h. t. [Qui rem emit & pòſt poſſidet, quamdiu evicta non eſt, auctorem ſuum propterea quod aliena, vel obligata res dicatur, convenire non poteſt.] & l. 17. eod. [Si cùm quæſtio tibi ſuper eo, quem comparaveras, moveretur, auctorem tuum certum feciſti, nec citra Iudicis diſceptationem eum quem emeras, tradidiſti: Præſes Provinciæ in damnis quæ te toleráſſe memíniſti, me delam Iuris adhibebit.]

118. QUÆRITUR 1. An Venditor conveniri poſſit ad ſolvendum intereſſe, quantumcunque illud ſit, & non ſolùm de præſenti, ſed etiam de futuro. R. De hoc exſtare legem unicam. *C. de ſent. quæ pro eo quod intereſt, proferuntur.* ibi. [Sancimus itaque in omnibus caſibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus & locationibus, & omnibus contractibus, hoc quod intereſt, dupli quantitatem minimè excedere.] Itaque, quia nimis durum eſſet, & innumeris litibus anſa præberetur, ſi nihil certi conſtitueretur circa intereſſe, quandoquidem in futurum poſſent ſemper evenire quædam, ex quibus putaret emptor ſe damnum capere, quòd res fuerit evicta, conveniens erat, aliquid certi determinare, nempe, ut intereſſe nunquam excederet duplum pretii expoſiti, cui ipſum pretium velut ſimplum ineſſet. Explicat Arnoldus Rath th. 70. in exemplo. ſi tibi, ex: gr. aliquot modios frumenti, & ſingulos quidem decem florenis, vendidi, poſtmodum verò cùm fruges pruinâ, vel gelu periiſſent, valor cujuſque modii ad 30. vel 40. florenos excreviſſet, ipſum frumentum venditum evincatur, non poterit emptor ex utroque capite actionis

empti,

empti, adeoque tam pro expoſito pretio, quàm ratione ejus quod intereſt, rem non fuiſſe evictam, plus conſequi, quàm duplum, hoc eſt 20. florenos pro quovis modio frumenti poſtmodum evicti. Ratio duplex eſt. Prima, quòd non ſit æquum, venditori propter certam rem venditam bonâ fide, aut in ſtipulationem deductam plus damni inferri, quàm ſit res ipſa, ne acceſſorium excedat ſuum principale: *arg.* §. 5. *Inſt. de Fidejuſſoribus.* ibi. *Nec plus in acceſſione poteſt eſſe, quàm in principali.* Altera ratio ex eo deſumitur, quòd non ſit veriſimile, cogitatum fuiſſe à venditore de majori quantitate, vel periculum in ſe recepiſſe, quàm ſit ipſum rei pretium. *l.* 43. *in f. ff. de actionib. empti.* ubi hæc ratio ponitur. [Planè ſi in tantùm pretium exceſſiſſe proponas, ut non ſit cogitatum de tanta ſumma à venditore: veluti ſi ponas agitatorem poſtea factum, vel pantomimum evictum eſſe eum, qui minimo venit pretio, iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem.]

119. QUÆRITUR 2. An inſuper Emptori teneatur venditor ad refundendos ſumptus litis ab Emptore factos. ℞. Affirmativè. Ratio eſt, quia Emptor ſupponitur agere ex mandato venditoris: ergo cenſetur venditor ipſo facto ſe obligare ad judicatum ſolvendum, & ad expenſas; quæ obligatio eſt à principali diſtincta, conſurgens ex quaſi contractu ſive negotio per litis conteſtationem inducto. *l.* 3. §. 11. *ff. de peculio.* ubi dicitur. [Judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati. nam ſicut in ſtipulatione contrahitur cum filio, ità judicio contrahi.] Et quidem Iure Bavarico ità conſtitutum eſt *L. R. tit.* 8. *a.* 1. *in f. & ar.* 4. Hinc tamen

120. QUÆRITUR 3. An hoc procedat, & venditor ad expenſas litis teneatur, ſi conventus Emptor non ſuccubuerit, ſed vicerit, ſed actor non fuit in expenſas condemnatus. Negativam tenent Baldus *in legem* 5. *C. de Evictionib.* Cujacius *ad legem Venditores ff. de V. O.* Donellus *in leg.* 18. *C. de Evict.* Alii tamen diſtinguunt. Nam ſi Actor habuit juſtam cauſam litigandi, eáque ex Venditoris perſona proceſſit, tunc volunt, Venditorem teneri, ſecùs negant. Ità Bart. Gomez, Cabell. quos refert & ſequitur Arn. Rath th. 72. & pluribus citatis Fachineus *lib.* 2. *c.* 38. & mihi etiam placet. Probatur primò. Venditor tenetur ad hoc, ut Emptori per quemcunque habere liceat, ut ſuprà dictum. Atqui in hac obligatione veniunt ſumptus litis. *l.* 38. §. 4. *ff. de V. O.* ibi. *quatenus habere licet, ſi nemo controverſiam faciat.* Probatur. 2. Venditor tenetur emptorem defendere, hoc eſt, omnia facere, quæ facturus erat in lite Dominus, ut conſtabit ex dicendis. ergo eſt obligatus ad factum, quo non impleto tenetur ad intereſſe, in quo veniunt expenſæ litis. Probatur. 3. Si emptor cauſâ caderet, & ſine culpa (ut fieri poſſet, quando actor habet apparentem cauſam litigandi, cui cauſam dedit venditor,) tunc Venditor non ſolùm teneretur ad expenſas, ſed etiam ad pretium, & aliud intereſſe, ut dictum eſt ſuperiùs. Ergo ſi emptor vincat, non poteſt venditor conqueri, quòd ſaltèm ad expenſas litis teneatur. Et hanc ſententiam amplectitur Ius Bavar. *l. R. tit.* 8. *a.* 4.

121. Objiciunt adverſarii 1. ex lege 18. *C. de Evictionibus.* ubi cùm de ſervo vendito quæſtio eſſet, & judicatum, eſſe ſervum & non libertum, pronuntiatur: *Quòd ſi fuiſſe ſervum, ſententia declaraverit, intelligis, te ad venditorem reverti non poſſe.* In hoc textu, inquiunt, non poteſt eſſe ſermo de ipſo ſervo vendito, quòd non poſſit agere contra venditorem, quandoquidem ſervus non eſt illi per actorem ablatus. ergo ſermo eſt, de expenſis, quòd eas non poſſit repetere à venditore. Reſpondit Fachineus, ſenſum legis eſſe, Emptorem non poſſe agere de evictione ipſius ſervi venditi, & non evicti, nec eo nomine ampliùs poſſe ad venditorem reverti. Quòd autem hic ſenſus non arguat Deciſionem ridiculam, quaſi loqueretur de re non dubitabili, idem auctor ſic declarat. Nam olim ità conſtitutum erat, ut cùm *ſtatûs* quæſtio moveretur, certis ſolennitatibus adhibitis libertatis aut ſervitutis aſſertor decerneretur: quæ ſolennia ſuſtulit Imperator Iuſtinianus *in l.* 1. *C. de Aſſertione tollenda.* Solebat autem etiam poſt ſententiam latam iterum cauſa examinari, usque ad tertiam vicem, quod etiam Iuſtinianus emendavit. Itaque in dicta lege 18. decernunt Diocletianus & Maximianus, ut ſiquidem pro libertate ſententia lata fuerit, emptor ſervi de evictione agere poſſit, quamvis cauſa iterum ad examen vocari poſſit. Si verò pro ſervitute, non poſſit ad venditorem reverti, licèt cauſa iterum examinari poſſit: & hæc erat cauſa dubitandi, quam ſuſtulerunt dicti Imperatores; de ſumptibus autem nihil ſtatuerunt. Itaque dicere voluerunt, quòd Emptor non poſſit de evictione agere, ob periculum, ne fortè in ſecunda aut tertia ſententia condemnaretur, & pro libertate hominis empti pronuntiaretur, ſed litis exitus ſit exſpectandus.

Objiciunt 2. Hoc dilemma. Aut Emptoris adverſarius qui litem movit, ab expenſis litis abſolutus fuit per imprudentiam Iudicis, & tunc certi Iuris eſt, venditorem non teneri, quia ne quidem tenetur de evictione, (ut infrà dicetur) vel abſolutus eſt, quia habuit probabilem litigandi cauſam: atqui hæc cauſa eſt nova, quæ poſt venditionem emerſit. ergo venditor non tenetur. ℞. Negando ſubſumptum: procedit enim Concluſio de cauſa litigandi, quæ à Venditore proceſſit: qui cùm ſit obligatus emptorem defendere, ut rem emptam ſine controverſia

habere poſſit, tenetur ad omne id præſtandum quod emptor haberet, ſi nulla controverſia illi mota fuiſſet.

Objiciunt 3. Sublato principali tollitur acceſſorium: atqui obligatio refundendi ſumptus eſt acceſſorium evictionis: ergo ceſſante evictione ceſſat obligatio refundẽdi ſumptus. R. Negando minorem: non enim eſt acceſſoria Evictioni, ſed obligationi de defendendo rem venditam, quæ ſubeſt, etiam quando adverſarius non evincit, dummodo controverſiam moverit, cujus venditor cauſa fuit, unde obligatur Emptorem defendere, & per conſequens omnes expenſas, non ſolùm ad litem inſtruendam neceſſarias, ſed & quaſcúnque alias ſine culpa factas, & ab ipſo venditore faciendas refundere.

§. III.

De Obligatione Emptoris laudandi Authorem, motâ controverſiâ.

SUMMARIUM.

Emptor tenetur ad laudandum auctorem. 122.
Quid ſi venditor aliunde jam ſciat, litem eſſe motam. 123.
Qui tenetur ad aliquid faciendum, non conſtituitur in mora, niſi fuerit interpellatus. eod.
An Denuntiationi ſit inſerenda copia libelli actoris. 124.
Quomodo facienda ſit Denuntiatio. 125.
Quid ſi conſtet, rem eſſe alienam, an adhuc denuntiandum. eod.
Si fideiuſſor acceſſit, an & illi denuntiandum. 126.
Quo tempore facienda ſit denuntiatio. 127.
An factà denuntiatione poſſit emptor ab omni defenſione deſiſtere. 128.
An venditor debeat cauſam proſequi apud Iudicem emptoris apud quem lis mota eſt. 129.

122. VT Emptori competat actio ex cauſa Evictionis, requiritur, ut auctorem, id eſt, Venditorem *laudaverit* (ut Veteres loqui ſolebant) id eſt, tempeſtivè illi denuntiaverit, litem ſibi ſuper re vendita motam eſſe, ut Venditor ſuæ obligationi ſatisfaciat defendendo emptorẽ. *l.* 55. §. 1. *ff. h. t.* [Præſenti autem Venditori denuntiandum eſt. Clarius l. 8. C. eod. Emptor fundi, niſi auctori aut hæredi ejus denuntiaverit: evicto prædio neque ex ſtipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejuſſorem ejus habet. & l. 9. Si controverſia tibi poſſeſſionis, quam bonâ fide te emiſſe allegas, ab aliquo movetur: auctori hæredive ejus denuntia: & ſiquidem obtinueris, habebis quod emiſti. Sin autem evictum fuerit; à venditore, ſucceſſoréve ejus conſequeris quanti tuâ intereſt. In quo continetur etiam eorum perſecutio, quæ, in rem emptam à te, ut melior fieret erogata ſunt. *l.* 17. *eod.* Si cùm quæſtio tibi ſuper eo, quem comparaveras, moveretur, auctorem tuum certum feciſti, nec citra judicis diſceptationem eum quem emeras, tradidiſti, præſes provinciæ in damnis, quæ te toleráſſe meminiſti, medelam Iuris adhibebit.] Quæ leges præ oculis habendæ ſunt pro reſolutione ſequentis quæſtionis.

Ratio, cur hæc denuntiatio requiratur, redditur quidem communiter ex eo, quòd alioquin non poſſit Venditor defendere Emptorem. Verùm, eſto hæc ratio clarè procedat, quando Venditor ignarus eſt litis motæ; quia tamen eſt gravis controverſia, an ſit neceſſaria tanquam ſolennitas ſubſtantialis, ità ut etiam ſciente venditore requiratur, ideo pro hoc caſu alia ratio quærenda erit. Itaque

123. QUÆRITVR 1. Si Venditor aliunde jam ſciat litem eſſe motam, & Emptor omittat denuntiare, quia judicat eſſe ſuperfluam & otioſam, eo quòd certus de re ampliùs certificari non debeat, an adhuc venditor de Evictione teneatur. Affirmant Baldus ad *l.* 1. *C. de peric. & commodo rei vend.* & quidam alii, quos ex Theologis ſequitur VVadingus.

Contraria ſententia eſt apud Iureconſultos communiſſima, & Iuri ſcripto conformis, & vix credo, quòd prior ſententia in Iudicio ſit unquam obtentura. Eam tenet Fachineus *l.* 2. c. 35. propè finem, & Arnoldus Rath th. 73. cæteri eam potiùs ſupponunt.

Probatur. Quandoquidem leges tam apertè denuntiationem requirant, ut vidimus, dicantque, actionem non competere, niſi illa præceſſerit, deberent adverſarii exceptionem caſûs, quo venditor jam aliunde ſcit litem eſſe motam, vel aliquâ lege, vel efficaci ratione probare: atqui neutrum præſtant, ut patebit ſolutione objectionum. Ergo non eſt caſus iſte excipiendus: præſertim cùm ſubſit ratio, quare nec iſte caſus excipiendus fuerit, ut dicemus.

Argumentantur aliqui ex *l.* 13. §. 6. & *l.* 43. *ff. de actionib. empti.* Sed hæ leges nihil penitus ad rem faciunt, quia aliud non docent, quàm quòd venditor nihil dolo facere debeat. Negamus autem, dolo eum agere, ſi emptorem non defendat, qui litem motam non denuntiavit. His ergo legibus meritò neglectis

P. VVadingus probat ratione. Denuntiatio tantùm facienda eſt, ut venditor ſciat, litem eſſe motam emptori: atqui eſt regula Iuris in 6. Qui certus eſt, ampliùs certificari minimè debet. Ergo ſi venditor aliunde eſt certus, quare debet certiorari per emptorem? Deinde quid opus eſt interpellatione, quando ipſe contractus inſtar diei interpellat? etiamſi enim in præſenti non ſit aſſignatus certus dies, qui neceſſariò venturus ſit: eſt tamen dies ex voluntate contrahentium determinatus, nempe dies motæ litis: promittit enim

Digitized by Google

enim tacitè venditor, ſe, quocunque die lis movebitur, bonâ fide defenſurum emptorem: quandocunque ergo certior factus eſt, eum diem adveniſſe, jam fides ab eo data interpellat: cùm certò ſibi perſuadere debeat, emptorem optare, ut juvetur.

Hoc argumentum cuivis facilè poterat incidere, ad quod pridem reſponderunt alii, negando, propterea tantùm faciendam monitionem, ut venditor ſciat, ſed ut ſciat, etiam auxilium implorari ab emptore, alioquin enim poſſet cogitare, non indigere ipſius operâ, & idcirco nec ſignificâſſe, nec requiſiviſſe: in talibus ergo, ubi ſcientia ordinatur ad obtinendum auxilium alterius, non ſufficit ſcientia.

Hanc reſponſionem & doctrinam ait P. VVadingus, aſſumptam eſſe voluntariè potiùs, quàm probatam. Vnde enim, inquit, probatur, quòd quando aliquis ex ſe eſt obligatus facere officium, non ſufficiat, ut per quamcunque notitiam expletæ conditionis tacitè moneatur, ſed inſuper neceſſe ſit, per tot ſolennitates eum moneri? cùm in Iure expreſsè id non decidatur? Reſpondetur, obligari quidem Venditorem defendere emptorem, ſed ſervato Iuris ordine, nempe ſi fuerit requiſitus, ſicut Vaſallus obligatur defendere ſuis ſervitiis Dominum, ſed non niſi requiſitus, etiamſi ſciat, poſſe ipſum ſuis obſequiis juvari, ut dixi *tract. præced. cap. de feudis.* Et falſum eſt, quod aſſumit idem auctor, non poſſe ſibi venditorem prudenter perſuadere, quòd non denuntiando emptor non deſideret ejus defenſionem, ſi enim deſiderat, cur non monet? an non hoc facilius eſt, quàm defenſionem in ſe recipere? imò & obligationem probandi, quòd venditor ſciverit litem ſibi motam eſſe, & ſe deſiderâſſe ejus defenſionem?

Ad illud quod dictum eſt, quòd dies interpellet pro emptore, id jam ab ipſumet Authore ſolutum ſatis eſt. Et inſuper illis legibus opponuntur aliæ leges, quibus aſſeritur, eum qui tenetur ad aliquid faciendum, in mora non conſtitui, niſi fuerit interpellatus. *l.* 32. *ff. de Vſuris. Mora fieri intelligitur, non ex re, ſed ex perſona, id eſt, ſi interpellatus opportuno loco non ſolverit.* l. 23. eod. [Si ea legati cauſa, aut ex ſtipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter poſt mortem ejus tenearis, quàm ſi per te ſteterit, quo minùs vivo eo eum mihi dares, quod ità fit, ſi aut interpellatus non dediſti, aut occidiſti eum.]

124. QUÆRITUR 2. An denuntiationi ſit inſerenda copia libelli actoris, & ſi quid aliud actum eſt cum Emptore. Negant Gomez & Molina *d.* 380. §. *deinde venditor.* Communior tamen & verior ſententia affirmat, quam aliis relatis tenent Fachineus *l.* 2. *c.* 34. *ad* 2. *quæſitum.* & Caſtro Palao §. 3. *n.* 3. Probatur ex Clementina *Cauſam* §. *ult. de Elect.* ubi ponitur forma denuntiationum ac intimationum faciendarum, non ſolùm in ſpecie ibi poſita, ſed generaliter obſervanda, ut libelli & citationis tenor intimationi inſeratur: & ratio eſt, ut venditor cognoſcere poſſit, quid ſibi expediat, an contendere velit, v. g. ob periculum condemnationis in expenſas, necne. Quæ ratio me magis movet, quàm textus illius Clementinæ, nam in ea per parentheſin inſeritur. (*ſi petita fuerint.*) nihilominus in fine videtur hoc exigi, dum dicitur. [Niſi ad appellatum ejus plena & certa notitia intra tempus prædictum aliter perveniſſet. Idem quoque in aliis caſibus obſervari volumus, in quibus requiritur intimatio facienda.]

125. QUÆRITUR 3. Quomodo facienda ſit hæc denuntiatio. ℞. Si fieri poteſt, eſt immediatè facienda Venditori præſenti; ſin minùs, ad ejus domum conſciis vicinis. Quod ſi Venditor ſe dolo ſubduceret, & de hoc conſtaret, emptor ab obligatione liber eſſet. *l.* 56. §. 5. *ff. h. t. Simili modo tenetur, qui curavit, ne ſibi denuntiari poſſit.* Mortuo Venditore, denuntiatio facienda eſt hæredibus, & quidem omnibus. *l.* 85. §. 5. *ff. de V. O.* ibi. [Nam auctoris hæredes in ſolidum denuntiandi ſunt, omnéſque debent ſubſiſtere, & quolibet defugiente omnes tenebuntur, ſed unicuique pro parte hæreditaria præſtatio injungitur.]

QUÆRITUR 4. Si conſtet, nullâ tergiverſatione poſſe Venditorem defendere, aut celare, ſe rem alienam vendidiſſe, an emptor excuſetur ab obligatione denuntiandi. Affirmat Molina, dicens id apertè colligi ex *l.* 11. *pr. ff. de actionib. empti.* ubi dicitur: *quia manifeſtum fuit, noxium ſervum fuiſſe, nihilominus vel ex ſtipulatu, vel ex empto agere poſſe.* In praxi tamen credo, non facilè poſſe contingere, ut non conſultius & ſecurius ſit denuntiâſſe.

126. QUÆRITUR 5. Si Fidejuſſor acceſſit, an & illi denuntiandum ſit, quandoquidem & ille de evictione tenetur. ℞. Negativè. Quamprimùm enim factâ denuntiatione Venditor tanquam principalis tenetur, hoc ipſo tenetur & fidejuſſor, nullo alio facto interveniente, ſicut etiam liberato venditore, nullo alio facto interveniente fidejuſſor liberatur. *l.* 7. *C. de Evict.* *Auctore laudato, ſi evicta res eſt, fidejuſſorem (etiamſi agi cauſam ignoraverit) conveniri evictionis nomine poſſe non ambigitur.*

127. QUÆRITUR 6. Quo tempore facienda ſit denuntiatio. De hoc extat *l.* 9. §. 2. *ff. h. t.* [Quolibet tempore venditori renuntiari poteſt, ut de ea re agenda adſit, quia non præfinitur certum tempus in ea ſtipulatione, dum tamen ne prope ipſam condemnationem id fiat.] Vnde inferunt DD. faciendam eſſe ante publicationem teſtium, & cauſæ concluſionem, ſeu antequàm tempus probationum, & exceptionum elapſum ſit, alioquin inutilis eſſet denuntiatio. Infert ulteriùs Ant. Gomez, ſi in prima inſtantia non fuit facta denuntiatio, poſſe fieri

fieri in cauſâ appellationis, dummodo res ſit integra.

128. QUÆRITUR 7. An factâ denuntiatione poſſit emptor ab omni defenſione deſiſtere. ℞. Si venditor in ſe recipit defenſionem, poſſe deſiſtere, quia venditor poteſt ſolus velle defendere. Si verò non recepit, nec etiam declaravit, nolle ſe cauſam defendi, tunc Emptor ad defendendum meliore modo & bonâ fide tenetur, alioquin cenſebitur res illius culpâ evicta, & ſic Venditor de Evictione non teneretur. *arg. l. 1. C. de periculo & commodo rei vend.* ibi. *Et non abſente emptore contra eum pronuntiatum eſt*: ergo ſi eo abſente pronuntiaretur, non teneretur de Evictione.

129. QUÆRITUR 8. An Venditor debeat cauſam proſequi apud Iudicem Emptoris apud quem lis mota eſt, vel poſſit ad ſuum proprium Iudicem (ſi fortè privilegio exemptus eſt, v. g. eſt Clericus) cauſam deferre. Affirmârunt aliqui, inter quos Durandus in ſuo ſpeculo. Sed communior ſententia negat poſſe Venditorem declinare forum Emptoris. Ratio eſt, quia ipſe non eſt principaliter conventus, ſed Iuris diſpoſitione ſuſcipit partes Emptoris. Ità innumeris relatis Fachineus *c.* 37. Probatur ex lege 49. *ff. de Iudiciis.* [Venditor ab Emptore denuntiatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicit ſe privilegium habere ſui Iudicis. Quæritur, an poſſit litem ab eo Iudice apud quem res inter petitorem cœpta eſt, ad ſuum Iudicem revocare. Paulus reſpondit, venditorem Emptoris Iudicem ſequi ſolere.] Item *l. 1. C. Ubi in Rem actio exerceri debeat.* ibi. [Nam ſi denuntiâſti ei, qui tibi vendidit, intelligis evictionis illi periculum imminere. Nec enim NB. Iuriſdictionis forma in eadem Provincia conſtitutis, tam petitore, quàm poſſeſſore, ob auctoris perſonâ, quem in alia Provincia dicis conſiſtere, debet immutari.] Neque obſtat privilegium fori quo gaudet Clericus. Nam in caſu noſtro reus conventus eſt Laicus: quod ſi ad ejus defenſionem Clericus accedit, non poteſt propterea actoris cauſam deteriorem facere. Ipſe quidem Clericus evictionis nomine ab emptore apud Eccleſiaſticum Iudicem conveniendus eſt, ſed ut poſſit etiam cauſam inter alios Laicos inchoatam ad forum ſuum Eccleſiaſticum trahere, neque lege probatur, nec ratione evinci poteſt, inquit citatus Auctor.

§. IV.

Quibus caſibus Venditor non teneatur de Evictione.

SUMMARIUM.

Primus caſus, quo non tenetur Venditor de Evictione, eſt ex conventione. 130.
An tunc ſaltèm pretium teneatur refundere. eod.
Quid ſi Emptor ſcivit rem eſſe alienam, & non eſt pactus de evictione. eod.
Intellectus legis 27. C. de Evict. eod.
Secundus caſus, ſi culpâ Iudicis res evicta eſt. 131.
Tertius caſus, quando res evincitur culpâ emptoris. 132.
Quibus modis poſſit ejusmodi culpa intervenire. eod.
Si Emptor intermittat appellare, an amittat Ius evictionis. 133.
Quid ſi res evincatur ſententiâ arbitri ab emptore electi. eod.
Quartus caſus, ſi emptor ex mandato Principis rem alteri tradere cogitur. 134.
Quid ſi res Iure ſpeciali v. g. Retractûs evincatur. eod.
Quid ſi reſtitutione in integrum. eod.
Quintus caſus, quando emptor ſcivit, rem eſſe alienam. 135.
Sextus, ſi emptor per vim expellatur à rei emptæ poſſeſſione. 136.
Septimus, ſi emptor neglexit Uſucapionem. 137.
Octavus, ſi hæres confecto inventario rem hæreditariam pro ſolutione æris hæreditarii alieni vendidit, non tenetur de evictione. 138.
Nonus, ſi creditor rem pignoris Iure diſtraxit, ne quidem ad pretii reſtitutionem tenetur. 139.
Decimus, ſi fiſcus rem alienam, vel alteri oppignoratam vendidit. 140.
Undecimus, ſi quis vendidit nomen ſeu debitum, & debitor non eſt ſolvendo. 141.

PRæter caſum omiſſæ denuntiationis alii caſus ſunt, in quibus Venditor ex cauſa Evictionis factæ conveniri non poteſt.

130. Primus caſus eſt, ſi convenit inter Contrahentes, ut Venditor de Evictione non teneretur, benè tamen ad refundendum pretium, niſi etiam de hoc aliter expreſsè conveniſſet. *l. 11. §. 18. ff. de act. empti.* ibi. [Idem eſſe dicendum, & ſi apertè in venditione comprehendatur, nihil de evictionis nomine præſtitum iri, pretium quidem deberi re evictâ, utilitatem non deberi: neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret, & pretium venditor retineret: niſi fortè, ſi quis omnes iſtas ſuprà ſcriptas conventiones accipiet, &c.] Ex quibus tamen verbis, & ex aliis Iuribus colligitur, & dicendum omninò eſt, quòd ſi venditor probabiliter timens periculum evictionis, non monuiſſet de hoc periculo Emptorem, ob dolum commiſſum in pacto teneretur ad omnia damna ſubſecuta.

Exiſti-

Exiſtimant aliqui Interpretes, quòd Venditor ne quidem pretium refundere teneretur, ſi in ſpecie & non in genere pactus eſſet, quòd nolit teneri de Evictione, v. g. ſi diceret, *Nolo teneri de Evictione ſi Petrus evincat. vel: ſi res ob talem cauſam evincatur?* Rationem dant, quia emptor poteſt tunc in particulari examinare Ius illius qui nominatus eſt: ergo ſi non examinavit, ſibi imputet, ſi tunc nec pretium recepturus eſt. Hanc ſententiam dicit P. VVadingus eſſe communem omnium, excepto Covar: & Molina. Verùm & alii illi contradicunt, nempe Cavalinus de Evict. §. 5. Ant. Rabius, quos refert & ſequitur Fachineus *c.39.* Palao *n.* 4. quia in relatis verbis generaliter ſtatuitur pretium eſſe reſtituendum: & quia per tale pactum non immutatur natura contractûs bonæ fidei, qui *non patitur hanc conventionem* (id eſt, non præſumitur talis animus fuiſſe contrahentium) *ut emptor rem amitteret, & venditor pretium retineret.* Vnde non immeritò P. Molina contrariam ſententiam dixit eſſe ridiculam, & contra conſcientiam.

Objiciunt tamen pro ſe adverſarii *l. 69. ff. de Evict.* ubi dicitur. [Qui libertatis cauſam excepit in Venditione, ſive jam tunc, cùm traderetur, liber homo fuerit, ſive conditione, quæ teſtamento fuerit impleta, ad libertatem pervenerit, non tenebitur evictionis nomine.] Sed quid hoc ad propoſitum? nihil hîc dicitur, quòd non teneatur ad pretium, eſto non teneatur de Evictione: hoc enim eſt longè plus, ut vidimus, & lex à nobis citata expreſsè ait, quòd pactum de evictione non præſtanda non excludat obligationem ad reddendum pretium.

Eſt etiam alia communis multorum ſententia, & ideo probabilis, quòd quando emptor ſciens emit rem alienam, & non expreſsè de evictione præſtanda ſtipulatus fuerit, etiam pretium amittat. Ità Abbas Panorm: *in c. ad audientiam. de reb. Eccl. alien. & alii.* Cæterùm contrariam opinionem defendit Cabal: & Tiraquellus, quos refert & ſequitur, P. VVadingus. Et reverà textus eſt ſatis apertus in *l. 3. §. 4. C. communia de legatis.* [Emptor autem ſciens rei gravamen, adversùs venditorem actionem habeat NB. tantùm ad reſtitutionem pretii, neque duplæ ſtipulatione, neque melioratione locum habente: cùm ſufficiat ei ſaltèm pro pretio quod ſciens dedit pro aliena re ſibi ſatisfieri.]

Objiciunt tamen legem non minùs claram 17. *ejusd. Codicis de evict.* [Si fundum ſciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles, neque quidquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra Iuris poſcit rationem.] Quæ lex ne contrarietur legi 3. §. 4. citatæ, ſic conciliatur à gloſſa cum communi ſententia, nempe hanc legem 3. loqui de caſu ſpeciali ultimæ voluntatis, ut patet ex ſequentibus verbis. Sed hæc ſpecialitas videtur ſe quoad hoc punctum habere merè materialiter: quia nihil ad rem facit, quòd debitum ex teſtamento emam, vel ex furto aut alia venditoris iniquitate, quare enim Iura faverent venditori iniquo, ut in omnibus aliis ſervaret pretium, & lucrum reportaret ex ſua iniquitate, & in ſola re debita ex ultima voluntate puniatur amiſſione pretii, & non in aliis? Ad legem 27. *ſi fundum*, reſpondet cit. A. eam eſſe antiquiorem, revocatam per legem. 27. cit. quæ eſt longè poſterior, cùm ſit Iuſtiniani, qui poſt Diocletianum (qui eſt Auctor prioris) imperaverit 200. annis. Meliùs fortaſſe reſpondet Fachineus & ex eo Palao, in priore lege fuiſſe de pretio reſtituendo conventum. Et hæc de primo caſu, quo ceſſat actio de Evictione.

231. Secundus caſus eſt, ſi culpâ Iudicis imperitè vel malitioſè judicantis res evicta eſt, cùm de Iure pro emptore ſententia ferenda fuiſſet, *l. 51. ff. de Evictionibus.* [Si per imprudentiam Iudicis aut errorem emptor rei victus eſt, negamus auctoris damnum eſſe debere: aut quid refert, ſordibus Iudicis an ſtultitiâ res perierit? iniuria enim quæ fit emptori, auctorem non debet contingere. idem habetur in Iure Can: *cap. fin. de Empt. & vend.* ubi etiam alii caſus referuntur. Si Venditori poſt inſtitutum contra ſe judicium quis conſiſerit, ut rem venditam ſibi defenderet, nuntiare (de quo ſup. dictum) vel contumaciter abfuit tempore ſententiæ promulgatæ (de quo poſtea) ſeu per injuriam ſententia lata fuit, de evictione juxta legitimas ſanctiones agere non valebit.] Ratio eſt, quia hujusmodi ablatio & rei amiſſio reputatur inter caſus fortuitos, perinde acſi furto ablata eſſet, quo caſu utique emptoris eſſet jactura, ut ſuprà dictum, etiam antequam poſſeſſionem nactus eſt, quantò magìs poſtquam ipſi rei incubuit.

Hinc autem patet, immeritò à Covarruvia limitari, & doceri, quòd ſi Iudex ex odio venditoris ob inimicitiam ante venditionem contractam malè judicaret, Venditor teneretur de evictione, quia ſcilicet cauſam dedit. Hoc inquam ad rem non facit, & per accidens ſe habet, ſicut ſi quis ex ſimili odio domum emptam combureret, aut Iudicem corrumperet ad malè judicandum.

Ratio ulterior eſt, quòd (ut explicat Arn. Rath. *th. 76.*) licèt venditor teneatur emptori, *rem ipſam habere licere*, ea tamen obligatio ad Ius, non ad factum referenda ſit. Evictio autem injuriâ Iudicis inducta, viâ facti potiùs, quàm Iuris, & quaſi per vim quandam ipſo judicio illatam cenſetur fieri, quòd damnum ad emptorem (qui veluti rei Dominus aliàs omne commodum & incommodum ſentit) non ad venditorem pertingere debet, quem Iura jubent ſecurum, & ab evictionis præſtandæ obligatione liberum eſſe, modò non vendiderit rem alienam,

nam, aut alteri oppignoratam, oec de moleſtia facti tenetur, niſi xpertâ conventione ſeſe ad eam præſtandam obſtrinxerit. Ei habetur caſus ootabilis *in lege fin. C. de act. empti.* [Expulſos vos de ſundo per violentiam à Nerone, quem habere Ius in eo oegatis, profiteotes: nullam vobis adversùs eum, ex cujus veoditione ſundum poſſidetis, actionem competere probatis.]

Ex his inſerendum eſſe exiſtimo, quòd ſi Iudex benè judicaret ſecundùm allegata & probata, tametſi Venditor in foro externo teneretur de Evictione, imò & in conſcientia teneretur ſe ſententiæ exteriùs cooformare, (ut dicetur ſuo loco *de Iudiciis*) ſi tameo certam notitiam privatam haberet, quòd teſtes v. g. fuerint corrupti & ſubornati, ac proinde ſententia Iudicix ſit materialiter injuſta, poſſet occultâ uti compenſatione. & hoc deducitur ex dictis *to. 1. tr. 2. de occulta compenſatione.*

132. Tertius caſus eſt, quando res evincitur culpâ ipſius Emptoris. Ità generaliter colligitur argumento à cootrario ſenſu ex *lege 1. C. de Rer. permut.* ibi. *idque quod comparavit, non injuriâ judicis, nec patris tui culpâ evictum eſt; ad exemplum ex empto actionis, non immeritò id quod tuâ intereſt, &c.*

Poteſt autem hujusmodi culpa variis modis intervenire. 1. Si ſuâ culpâ ex poſſeſſore factus actor in ea re victus eſt, quam potuiſſet poſſidendo retinere adversùs eum qui illi movit litem, oec tamen habebat dominium, nec rem ſibi obligatam. *l. 29. §. 1. ff. de Evictionib.* [Si duplæ ſtipulator ex poſſeſſore petitor factus, & victus ſit, quam rem ſi poſſideret, retinere potuerit, peti autem utiliter non poterit, vel ipſo Iure promiſſor duplæ (id eſt Venditor) tutus erit, vel certè doli mali exceptione ſe tueri poterit, ſed ità, ſi culpâ vel ſponte duplæ ſtipulatoris poſſeſſio amiſſa fuerit.] Vbi nota, quòd antiquitus ſæpè ſolebat fieri ſtipulatio, quâ emptor ſtipulabatur, ſibi duplum ſolveodum, ſi res evinceretur: nòn eſt tamen hujusmodi ſtipulatio hodie in uſu.

Secundò, ſi Venditor admoneat emptorem, ut ob probationis difficultatem faciliori judicio agat, puta Publicianâ, aut eâ actione quæ de fundo vectigali propoſita eſt, & emptor id negligens victus fuerit. *l. 66. pr. ff. de evictionib.* [Si cùm venditor admonuiſſet emptorem, ut Publicianâ potiùs, vel eâ actione quæ de fundo vectigali (ſeu Emphyteuticario) propoſita eſt, experiretur, emptor id facere ſuperſederit, omnimodo nocebit ei dolus ſuus, oec committitur ſtipulatio.

Tertiò, ſi Emptor ob contumaciam ſuam condemnetur. *l. 14. §. 1. ff. de appellat.* ubi cauſa continetur, quià ejusmodi res judicata non habetur pro veritate adversùs venditorem ipſum, qui nullam contumaciam commiſit. ibi. *Non habet rei Iudicatæ auctoritatem, niſi adversùs eum ſolum, qui adeſſe neglexerit.* Vnde Emptor in tali caſu potiùs propter negligentiam aut malitiam ſuam victus eſſe cenſebitur, quàm ob iniqua cauſæ merita. *l. 55. ff. de Evict.* [Si ideo contra Emptorem judicatum eſt, quòd defuit, non committitur ſtipulatio, magis enim propter abſentiã victus videtur, quàm quòd malam cauſam habuit. Quod tamen ità intelligendum videtur, ſi contumacia nocuit: nam ſi probari poſſet, ex clara actoria cauſa æquè ſe fuiſſe condemnandum ſi præſens fuiſſet, ex æquo, & bono ad conſequendum intereſſe illa actio accommodaretur arg. legis 11. *ff. de act. empti.* ibi. [Et ſi ex ſtipulatu aget, & ſive defendet noxali Iudicio, ſive non, quia manifeſtum fuit noxium ſervum fuiſſe, nihilominus vel ex ſtipulato, vel ex empto agere poſſe. Et ità contra gloſſam tenet Covarr. *l. 3. variar. reſol. c. 17. n. 6.* & Arn. Rath. *th. 76. n. 10.*

Huc etiam pertinet quod habetur *lege 27. ff. de evict.* v. g. Si Emptor actori juramentum detuliſſet, & is juraſſet. [Hoc jure utimur, ut exceptiones ex perſona Emptoris objectæ, ſi obſtant, venditor ei non teneatur: ſi verò ad perſonam venditoris reſpiciant, contra. certè nec ex empto, nec ex ſtipulatione actio competit emptori, ſi exceptio ei ex facto ipſius appoſitæ obſtiterit.]

133. DUBITATUR, an ſi emptor intermittat appellare, amittat Ius Evictionis. R. Cum diſtinctione: ſi cauſa actoris eſt manifeſta, non tenetur appellare: quia iniquum eſt, ſcienter à ſententia juſta appellare. Si verò ſit ſententia ſuſpecta ob Iudicis imperitiam, aut malitiam, tenetur appellare. Quodſi ſit cauſa dubia & ambigua, multi probabiliter arbitrantur, non teneri Emptorem appellare: quia præſumptio ſtat pro ſenteotia. Plures tamen adhuc obligant emptorem ad appellandum, quia contra præſumptionem pro ſenteotia primæ inſtantiæ admittitur probatio in ſecunda inſtantia, ubi poterunt novæ probationes pro emptore adferri. Quod tamen intelligendum eſt, ſi venditor abſit, dum fertur prima ſententia, nec illi eſt intimata; arg. legis 63. §. 1. *ff. de Evict.* [Gaia Seia fundum Lucio Titio emerat, & quæſtione motâ fiſci nomine auctorem laudaverat, & evictione ſecutâ fundus ablatus, & fiſco adjudicatus eſt venditore præſeote, quæritur, cùm emptrix non provocaverat, an venditorem poterit coovenire. Herennius reſpoodit, ſive quòd alienus fuit, cùm veniret, ſive quòd tunc obligatus evictus eſt, nihil proponi cur emptrici adversùs venditorem actio non competat.]

Ad hunc caſum etiam pertinet, ut evictionis Iure emptor privetur, ſi res evicta ſit per ſententiam arbitri in quem emptor conſenſit. Hoc ipſo enim Emptoris voluntate, non judicii neceſſitate res evincitur, & colligitur ex lege 56. §. 1. ff. de Evictionibus. [Si compromiſero, & contra

ita me data fuerit ſententia, nulla mihi actio de evictione danda eſt adverſùs venditorem, nullâ enim neceſſitate cogente id feci.] Huc etiam poteſt referri ſeptimus caſus infrà ponendus.

134. Quartus caſus, quo venditor de Evictione non tenetur, eſt, ſi emptor ex Principis mandato rem emptam alteri tradere compellitur, nec huic cauſam dedit Venditor. Ratio eſt, quia hoc ad caſum fortuitum pertinet, in quo evictionem ceſſare jam ſuperiùs probatum eſt.

Hinc Iuris Interpretes Regulam generalem conficiunt, ut tunc non teneatur Venditor, ſi res vendita non Iure communi, ſed quodam Iure ſpeciali evincatur, v. g. Iure Retractûs. Rationem reddit Arnoldus Rath: imprimis quòd ejusmodi evictio procedat quaſi ex natura rei, ſive ſpeciali Iure conſanguineis conceſſo, ex quo cùm emptor intelligere debuerit, conſanguineum pretio evictionis oblato ad rem evincendam admittendum eſſe, ſibi quodammodo imputare debet, quòd nihilominus ad emptionem proceſſerit. *l. 5. in fine. ff. ſi certum petatur.* ibi. *Si aliqua juſta cauſa fuerit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.* Ad exemplum illius, qui fundum alienum ſciens comparavit, & ideo de evictione agere non poteſt, niſi ità expreſsè convenerit. *l. 27. C. de Evict. Si fundum ſciens alienum, vel obligatum comparaverit Athenocles, neque quidquam de Evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra Iuris poſcit rationem.* Altera ratio eſt, quòd Evictio per Retractum primùm poſt ipſum contractum, & non ex cauſa præcedente competat. l. 3. *ff. de Evict.* ibi. *Hæc autem actio poſtea eſſe cœpit.* *l. 11. pr. eod.* ibi. *Poſt Contractam venditionem.* & *l. 1. C. de peric. rei vend.* ibi. *Quæ ex præcedente tempore cauſam evictionis parant.* Addit citatus Auctor, hoc adeo procedere, ut licèt venditor evictionem verbis generalibus promiſerit, v. g. ſe rem tutam præſtiturum, nihilominus de evictione Iure Retractûs factâ non teneatur, quoniam in re quæ ſuâ naturâ evincitur, non ſufficit generalis promiſſio de Evictione, utpote ſecundùm naturam actûs ſemper accipienda, ſed ſpecialis neceſſaria eſt, ut v. g. promittat, rem mihi etiam adverſùs retractum conſanguineorum tutam fore, ſive, Retractui non obnoxiam eſſe dixerit.

Simili modo ſi res vendita evincatur Iure Reſtitutionis in integrum, non tenebitur venditor, ſive reſtitutio ex mera Principis gratia, v. g. ad bona publicata, ſive ex Iuſtitia, v. g. ex minorennis evincentis ætate, vel ex juſta abſentiæ cauſa procedat: ità tamen, ut cùm cauſa iſtius extraordinariæ evictionis, ſcilicet læſio ex minori ætate, aut ex capite juſtæ abſentiæ procedens, contractum ipſum præceſſit, poſſit emptor pretium à ſuo venditore repetere, cùm æquitas non patiatur abeſſe Emptori pretium, & venditoris lucro cedere, qui id, quod emptori hactenus præſtitit, ab ipſo minore conſequatur, aut certè ſibi imputare debeat, quòd cum minore cautiùs non contraxerit. Ità cum gloſſa & aliis citatus Auctor: ſed *lex 3. C. de Evict.* quam citat, nihil de hoc habet, volebat fortè citare legē 39. *ff. eod.* quæ tamen potiùs huic doctrinæ videtur adverſari, niſi de ſolo pretio accipiatur, quamvis verba videantur plus ſignificare, ſic habet. [Minor 25. annis fundum vendidit Titio, eum Titius Seio: Minor ſe in ea venditione circumſcriptum dicit, & impetrat cognitionem non tantùm adverſùs Titium, ſed etiam adverſùs Seium. Seius poſtulabat apud Prætorem utilem ſibi de evictione ſtipulationem in Titium dari. Ego dandam putabam. Reſpondi. juſtam rem Seius poſtulat. Nam ſi ei fundus prætoriâ cognitione ablatus fuerit, æquum erit, per eundem prætorem & evictionem reſtitui.]

135. Quintus caſus eſt, quando emptor ſcivit rem eſſe alienam. legem ſuprà jam retuli. 27. *C. de Evict.* ubi dicitur, quòd ne quidem pretium repetere poſſit. ubi etiam oſtendi contrarium eſſe probabile ob legem *fin. C. Communia de Legatis.* ſaltèm quando res non eſt penitus aliena, ſed ſolùm obligata, ut limitant Gomez, Covarr. & alii. ſed, ut dixi ſuperiùs, communior habet ſententia, quòd pretium amittat; in quo puncto quia leges ſunt dubiæ, conſuetudo eſt attendenda. Rationem reddit Ant. Gomez, quia talis emptor videtur velle pretium donare. Veriùs dicunt alii, eſſe pœnam malitioſæ emptionis. Vnde ſi nondum ſolviſſet pretium, poſſet illud retinere in conſcientia, donec à Iudice condemnaretur.

136. Sextus caſus eſt. Si emptor per vim expellatur à rei emptæ poſſeſſione. *l. fin. C. de actionibus empti.* [Expulſos vos de fundo per violentiam à Nerone, quem habere Ius in eo negatis, profitentes: nullam vobis adverſùs eum ex cujus venditione fundum poſſideris, actionem competere probatis. Igitur ad inſtar Interdicti ſeu actionis permiſſæ experiendum eſſe perſpicitis.]

137. Septimus caſus eſt, quando Emptor neglexit uſucapionem ſeu Præſcriptionem. *l. 56. §. 3. ff. de Evict. Si cùm poſſit uſucapere emptor, non cœpit, culpâ ſuâ hoc feciſſe videtur: unde ſi evictus eſt ſervus, non tenetur venditor.* Hunc caſum poteram ſuprà ad tertium caſum referre.

138. Octavus caſus eſt, quando hæres, qui inventarium confecit, rem hæreditariam, quà talem (non ut propriam) pro ſolutione hæreditarii æris alieni vendidit, tunc non tenetur de Evictione, quem caſum colligunt Interpretes ex lege fin. §. 4. *C. de Iure deliber.* [Et ſi præfatam obſervationem inventarii faciendi ſolidaverint, hæreditatem ſine periculo habeant, &c. Sed & ſi legatarii interea venerint, eis ſatisfaciant ex hæreditate defuncti, vel ex ipſis rebus, vel earum forſitan venditione.] Quæ verba ſic interpretatur Facbineus *lib. 4. c. 39.* ſi pecunia reperiatur

in hæreditate, ſufficiens ad ſatisfaciendum Creditoribus & legatariis, hæres teoetur ex ea ſatisfacere: ſi verò uon adſit pecunia ſufficiens, non poterit hæres cogi ad ſolvenduin ex ſuis propriis pecuniis, ſed ex ipſis rebus defuncti, vel earum venditione, ſi ios ipſas creditores noliot accipere: tunc eoim vendi debent eo modo, quo juſtè poſſunt absque hæredis læſione, ità ut evictionis periculo non hæredis bona (quem ab omni damno præſervat inveotarium) ſed hæreditaria ſubjaceant.

139. Nonus caſus eſt, quando Creditor rem pignoris Iure diſtraxit, noo tenetur de Evictiooe, imò nec ad pretii reſtitutionem. *l. 11. §. 16. ff. de act. empti.* [Sententiam Juliani veriſſimam eſſe arbitror io pignoribus quoque: Nam ſi Iure Creditoris vendiderit, deinde hæc fuerit evicta, non tenetur, nec ad pretium reſtituendum ex empto actione Creditor.] Ubi ratio insinuatur, quòd Creditor Iure Creditoris & pignoris rem vendens, cenſeatur alienâ quodammodo fide vendere, & non niſi Ius ſuom præſtare voluiſſe. tenetur tamen Emptori cedere actionem pigooratitiam & nomine principalis debiti competentem. *l. 38 ff. de Evict.* [In Creditore, qui pignus vendidit, tractari poteſt, an re evictâ, vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adverſus debitorem actionem eam præſtet. habet autem contrariam pignoratitiam actionem, & magis eſt, ut præſtet: cui enim non æquum videbitur, vel hoc ſaltèm cooſequi emptorem, qood ſine diſpeodio creditoris futurum eſt?]

140. Decimus caſus eſt, quando fiſcus rem alienam, vel alteri oppignoratam vendat; nam ideo de evictione non teoetur, oe quidem ad pretii ſolutionem, quia emptor fit Dominus rei venditæ, & quidem absque ooere hypothecæ: ac proinde res evinci non poteſt, niſi vel Iudicis, vel Emptoris culpâ. quod tamen non procedit, ſi fiſcus ex contractu alterius cui ipſe ſucceſſit, conveniatur: & hæc conſtant ex alibi dictis.

141. Vndecimus caſus eſt, ſi quis vendidit Nomen ſeu debitum, & debitor non eſt ſolvendo, oiſi ſpecialiter actum eſſet, quòd emptor eſſet futurus indemnis. *l. 4. ff. de hæred. vend. Si nomen ſit diſtractum, Celſus ſcribit, locupletem eſſe debitorem non debere præſtare, debitorem autem eſſe, præſtare, niſi aliud convenit.* & *l. 74. §. 3. de Evict. Qui nomen, quale fuit, vendidit, duntaxat, ut ſit, non ut exigi etiam aliquid poſſit, & dolum præſtare cogitur.* Factâ ſtipulatione, quòd debitor ſit ſolvendo, ſufficiet ad liberandum venditorem, ſi tempore venditionis cootractæ fuerit ſolvendo, futuro ſcilicet Nominis periculo in Emptorem tranſlato.

CONTROVERSIA XVI.

De Actione Venditi, ſeu Iure Venditoris.

SUMMARIUM.

Quænam veniant in actionem ex vendito. 142.
Si quis prædium ſerviens vendidit, & deinde liberum tradidit, poteſt ſervitutem imponere. 143.

HActenus actum eſt de Actione, & Iure Emptoris, nunc de Iure Venditoris agendum eſt, quod habet ad conſequeuda ea quæ ei ab Emptore præſtanda ſunt: quamvis harum actionum nomina ſæpiùs confundaotur, ut actio competens Venditori vocetur etiam actio *ex empto*, & econtra actio competens emptori vocetur actio *ex vendito*: ſed rectiùs è cooverſo nominantur.

142. Primò, itaque in hanc *ex Vendito* actiooem venit pretium, & quidem certum ac determinatum eâ certitudine, & determinatione, quæ ſuperiùs eſt explicata.

Secuodò, veniunt uſuræ pretii oon ſoluti, ex tempore moræ, oiſi aliud inter cootraheotes convenerit. *l. 13. §. 20. ff. de act. empti.* [Veniunt autem in hoc Iudicium infrà ſcripta. Imprimis pretium, quanti res venit. Item Vſuræ pretii poſt diem traditionis: nam cùm re emptor fruatur, æquiſſimum eſt, eum uſuras pendere.] Verùm, de his uſuris loco fructuum veoientibus ſuperiùs etiam actum eſt.

Tertiò, (ut §. 22. ead. lege traditur) ex vendito agendo (ſunt verba legis) conſequetur venditor etiam ſumptus, qui facti ſunt in re diſtracta: ut puta, ſi quid in ædificia diſtracta erogatum eſt: & ſi in ægri ſervi curationem impenſom eſt ante traditionem, aut ſi quid in diſciplinas, quas veriſimile erat, etiam emptorem velle impendi: & ſi quid io funus mortui ſervi impenſum ſit, ſi modò ſine culpa venditoris mortem obierit.

Quartò, fructus, quos cæſâ jam ſpicâ ante venditionem à ſolo ſeparatos, ſed necdum à venditore collectos, & tameo ei de Iure debitos emptor invaſit, cùm tamen venditioni noo acceſſerint qui caſus habetur in *l. 2. in fine. C. de actionibus Empti. Fructus quoque perceptos ante venditionem contractam, quos, cùm venditioni non acceſſiſſent, eundem emptorem invaſiſſe proponis, eodem judicio repoſces.* Simile quid habetur io lege 17. §. 6. *ff. eod. Si ruta, & cæſa excipiantur in venditione ea placuit eſſe ruta, quæ eruta ſunt, ut arena, creta, & ſimilia, cæſa ea eſſe, ut arbores cæſas & carbones, & his ſimilia.*

Quintò, veoiunt ea damna & incommoda: quorum cauſa eſt emptor, noo auferendo rem emptam, v. g. lapides emptos non auferendo. Ratio eſt, quia actio ex veodito competit

Digitized by Google

petit Venditori, quoties ipſius intereſt id fieri quod fuit promiſſum.

143. Sextò, venit reparandum id, quod plus debito venditor præſtitit, v. g. ſi prædium ſerviens vendidit, ſed deinde liberum tradidit, quo caſu tenetur emptor pati, ut prædio ſervitus imponatur. Hoc enim eſt ex bona fide, (qualis eſt hic contractus) ut quidquid in fundi Venditione convenit, præſtetur. quo caſu (ut advertit Arn. Rath. th. 83.) duplex actio competit, actio ex vendito, ut lex venditionis ſervetur: deinde Condictio indebiti, quia traditus eſt fundus liber, cùm non deberetur niſi ſerviens, & per errorem traditus eſt liber. Quia verò objici poſſet, quòd nemo poſſit imponere ſervitutem rei alienæ, fundi autem dominium non ampliùs ſit penes venditorem, ſed penes emptorem, proinde (inquit cit. A.) prædium ipſum condici neceſſe eſt, ut ejus libertas, quæ fuit indebita, condicatur, ſicque dominium fundi ad venditorem redeat, poſsítque venditor eidem fundo jam ſuo ſervitutem imponere, quam alieno non poſſet, & ob eam cauſam retrotraditione opus eſt, qualem intervenire poſſe ſupponitur in lege 1. C. [Quando liceat ab empt. acced. ibi. At enim poſt traditionem interpoſitam nuda voluntas non reſolvit Emptionem, ſi non NB. actus quoque priori ſimilis retro agens venditionem interceſſerit.] Breviùs tamen res expediretur, ſi Iudex ad inſtantiam Venditoris juberet Emptorem ipſum prædio empto ſervitutem imponere, aut certè in id quod intereſt Venditoris, ſervitutem imponi, condemnaretur.

CONTROVERSIA XVII.

De Obligatione Emptoris indicandi valorem Mercis, aut vitium pretii, Venditori, & econtra Venditoris indicandi vitium Mercis.

SUMMARIUM.

Venditore ignorante valorem mercis, an emptor poſſit rem emere exiguo pretio. 144 *& ſiqq.*
Quidſi Venditor taxato à ſe ignoranter inæquali pretio, dicat ſe exceſſum velle donare. 146.
Quidſi conveniant bonâ fide de pretio inæquali. eod.
Quidſi emptor ſciat latere theſaurum communiter ignoratum. eod.
Quidſi Emptor ſciat privatâ ſcientiâ, valorem pecuniæ diminuendum. 147.
Cur non poſſit Magiſtratus legis promulgationem differre donec merces diſtraxerit. eod.
Quando vitium non eſt in ſubſtantia, ſed qualitate, & ignoratur, an venditor ad aliquid poſtea teneatur. 148.
Quidſi vitia ſunt ex ſe manifeſta. 149.
Quidſi vitium occultum tangit ſubſtantiam rei, quæ proponitur ut alia quàm eſt. 150.
Quidſi emptor nihil interroget, nec venditor vitia arte occultat. 151.

PLura quæ ſub hoc titulo diſputari poſſent, tractavi de Contractibus in genere, de errore, Dolo & deceptione interveniente. Nunc aliqua magìs ſpecialia ſunt breviter expedienda.

144. QUÆRITUR 1. Si Venditor ignoret pretium mercis, v. g. Ruſticus gemmæ inventæ, Emptor verò ſciat, an bonâ conſcientiâ, & abſque alia obligatione poſſit rem emere exiguo pretio, quod Venditor ob ſuam ignorantiam petit. Poteſt autem hoc dupliciter fieri. Inprimis enim poteſt venditor hoc ignorare ignorantiâ generali, & communi aliis hominibus ejusdem loci, quia fortaſſe talis res tali loco non magni fit, quia eſt illius exiguus uſus, & quia ignoratur ejus virtus, ob quam ex natura rei, ſecluſâ ignorantiâ longè plùs valeret: econtra verò Emptor ſcit hanc virtutem ſcientiâ ſingulari & rarâ. Deinde, & frequentiùs poteſt ignorantia eſſe particularis Venditoris, & notitia Valoris poteſt eſſe communis omnibus aliis communiter.

145. DICENDUM 1. Si ſe res habeat priore modo, non tenetur Emptor Venditori indicare valorem Mercis, ſed ſatisfacit, ſi ſolvat illo pretio, quo ex communi ignorantia communiter æſtimatur. Probatur. In tali caſu res Vendita habet ſuum valorem à communitate, ſeu ab æſtimatione communi hominum: ergo ſufficienter ſervatur æqualitas inter pretium & mercem, ſi ſolvatur illud, quo communiter æſtimatur: quare, licèt Emptori in tali caſu proſit ſua ſingularis ſcientia, venditori tamen non nocet, habet enim, quod petere Iure poſſet à quovis alio, & etiam ab ipſo emptore, ſi careret illâ privatâ ſcientiâ.

DICENDVM 2. Si ſe res habeat ſecundo modo, tenetur Emptor ſaltèm infimum pretium Iuſtum offerre, & eatenus mercis valorem indicare. Ità Theologi communiter Mol. *diſp.* 353. Leſſius c. 21. *dub.* 11. Salas *dub.* 34. contra Caietanum, qui in v. *Emptio*, videtur contrarium tenere, nempe, quòd ſatisfaceret emptor offerendo pretium ab ignaro Venditore taxatum. Probatur argumento contrario. Merx in tali caſu habet valorem ex communi æſtimatione: ergo ut ſervetur æqualitas, debet pretium huic æſtimationi eſſe proportionatum.

Confirmatur. *Sicut* (ut dicemus poſtea) ignorantia vitii mercis in Emptore exiſtens, non excuſat Venditorem à dolo, ſi vitium non manifeſtat, ità econtra (quia debet utriuſq; par eſſe conditio) ignorantia venditoris in æſtimanda merce non relevat Emptorem: adeo quidem, ut, ſi Venditor emptorem interrogaret, teneretur vel abſtinere ab emptione (ſi nollet reſpon-

 dere)

dere) vel totum valorem, adeoque pretium mercis tam ſummum quàm medium, & infimum manifeſtare, & non careret dolo, ſi manifeſtaret pretium infimum, inducendo venditorem, ut putet eſſe pretium ſummum aut medium, ut deinde vendat inferiore.

146. Sed quid ſi Venditor, taxato à ſe ignoranter inæquali pretio, dicat inſuper Emptori, ſe velle illi donare exceſſum, ſi quis fortè ſit in Merce, eò quòd Emptor nolit aliter emere. Afirmat Caietanus, & Armilla. Sed rectiùs alii Theologi eam ſententiam vocant improbabilem. Ratio eſt, quia Venditor in eo caſu non condonat ſpontaneè, ſed ex pacto, quia emptor non vult aliter emere; & omnia quæ facit venditor, ex ignorantia procedunt, & emptor non indicando valorem, & ſimulando ſe pluris non æſtimare, deciperet venditorem. Aliud eſſet, ſi reverâ, non eſſet ipſi gratum emere majori pretio, & tamen indicaret Valorem pretii, Venditor verò vellet reverâ exceſſum donare, & inæquali pretio contentus eſſe, fortè, quia indiget pecuniâ, nec poteſt invenire alium emptorem, adeoque gratius ipſi eſt, conſequi inæquale pretium cum donatione exceſsûs, quàm rem penitus non poſſe vendere.

Pari modo, ut advertit Lugo n. 138. Si tam Emptor quàm venditor ignari valoris, convenirent bonâ fide de pretio inæquali, condonando ſibi invicem defunctum vel exceſſum, ſi quis fortè ſubſit, neuter tenebitur ad ſupplementum aut refuſionem, quia uterque ſe fortunæ committit.

Ex his infertur, poſſe bonâ conſcientiâ emi valore communiter taxato agrum aut glebam, in qua ignoratur ab aliis, latere theſaurum, aut venas metallorum, etiamſi ſciat latere emptor. Et quidem quoad theſaurum res eſt expedita, quia theſaurus non eſt in dominio venditoris, ſed fit inventoris Iure gentium (ut alibi dictum) de Venis Metallinis, &c. tameſi eæ ſint in dominio illius qui eſt Dominus ipſius ſuperficiei, & glebæ, ſeu montis, ratio eſt, quia dum latent communem notitiam, non augent valorem terræ: ergo ſicut alius ignarus poſſet hoc lucrum ſentire emendo pretio communiter æſtimato, ità ſciens non debet propter ſuam ſcientiam eſſe peioris conditionis.

QUÆITUR 2. Si Emptor ſciat privatâ ſcientiâ valorem pecuniæ paulò pòſt publicâ lege diminutum iri, an poſſit hodie emere pretio currente, non monito venditore, & econtra ſi venditor ſciat valorem mercis diminuendum, ſive ob copiam ſuperventuram, ſive per authenticam taxationem, an hodie poſſit vendere pretio currente, non monito emptore.

In quo puncto aliqui generatim negant id licere, ut Medina. Sed affirmativam tenent cum S. Thoma communiter Theologi, quos refert, & ſequitur Diana *to. 1. tract. de Contract. lib. Reſol.* 40. Ex quibus tamen aliqui, ut Molina, ſtatuunt, niſi notitia pretii minuendi, aut valoris mercis haberetur ex ipſo Magiſtratu, ſaltem ſi talis emptor eſſet ipſe unus ex Magiſtratu, & ob hanc notitiam plus emeret, aut venderet, quàm abſque hac notitia eſſet empturus aut venditurus.

147. DICENDUM tamen videtur cum Card. de Lugo n. 140. id univerſim licere, uno ſolo caſu excepto, (quem omnes excipiunt) quando Magiſtratus qui vult ipſe contrahere, legis diminuentis promulgationem ſtudio differret, ut interim ſuas pecunias in majori pretio, vel merces majori valore diſtraheret: extra hunc caſum non videtur peccari contra juſtitiam. Ratio jam eſt aſſignata: quia cæteroquin & merx iuſto pretio venditur, & pecunia juſto valore ſolvitur. Non enim deſumitur pretium aut valor ex privata æſtimatione unius contrahentis, ſed ex communi, & ex lege tunc vigente, & necdum revocatâ vel abrogatâ. Hoc modo Ioſeph in Ægypto ſine injuſtitia emit viliori pretio frumentum, quod ſcivit per revelationem brevi plus valiturum.

Objiciunt 1. Error vitiat contractum. æſtimatio communis in tali caſu eſt error, ſeu fundata in errore: ergo, &c. ℞. Diſt. Ma. Error in ſubſtantia, concedo. error in circumſtantia accidentali, nego. alioquin ne quidem ignorantium contractus valeret, quod nec adverſarii dicere audent.

Objiciunt 2. Vitium occultum eſt alteri parti contrahenti manifeſtandum, quando notabiliter reddit rem viliorem. Diſtinguo: vitium quod ineſt de præſenti, & de præſenti, reddit viliorem. concedo. vitium merè futurum, negatur, ut patet in hiſtoria S. Ioſephi Patriarchæ.

Objici poſſet 3. Ergo nihil eſt, quare non etiam poſſet Magiſtratus legis promulgationem differre, donec ipſe, vel ejus amici merces diſtraxerint cariùs, aut pretium in majori valore expenderint. ℞. Negando illatum. Nam talis dilatio eſſet abuſus poteſtatis in præjudicium ſubditorum, ac proinde contra Iuſtitiam commutativam. Simili modo etiam ille peccaret contra Iuſtitiam, qui interrogatus, an eſſet valor minuendus, poſitivè negaret mentiendo, quia dolo induceret alterum, & illi noceret. non tamen peccaret, ſi æquivocaret dicendo, ſe nihil ſcire de valore diminuendo, ſubintelligendo: *ſcientiâ publicâ*. Quia non tenetur manifeſtare, quod ſcit ſcientiâ privatâ, ut tradit Leſſius & Lugo.

QUÆRITUR 3 An Venditor poſſit aliquando ſalvâ juſtitiâ vitium mercis tacere, abſque obligatione reſtituendi aliquid de pretio, vel reſcindendi contractum. In quo puncto variæ ſunt AA. opiniones. Aliqui obligant ad omne vitium notabiliter minuens utilitatem rei manifeſtandum. aliqui requirunt, ut venditor ab

Digitized by Google

ab emptore interrogetur. Aliqui ſolùm obligant ad manifeſtanda vitia occulta, non item quæ ab emptore facilè poſſunt deprehendi. Card. de Lugo cæteris diſtinctiùs aliquas Regulas ad praxin ſervientes tradit; quibus tamen aliqua ſunt addenda.

148. Regula 1. Quando vitium non eſt circa ſubſtantiam, ſed circa qualitatem, & ignoratur invincibiliter ab utroque contrahente; resque venditur, qualis fuerit inventa, ſive bona, ſive vitioſa, ad nihil obligatur venditor vitio poſtea detecto. Intelligenda eſt autem regula, ſi uterque contrahens ſe æquè periculo expoſuit, & attentis circumſtantiis, & periculo vitii inveniendi pretium non fuit exceſſivum. Ratio eſt; quia ſtante tali proteſtatione contractus fuit æqualis, & ſervata pretii æqualitas, ut ponimus: poterat enim vitium non ſubeſſe, aut non deprehendi, quodſi deprehendatur, emptoris infortunio imputatur, ſicut ejus fortunæ adſcriberetur, ſi non deprehenderetur.

Huic Regulæ videri poſſet adverſari (ſaltèm de Iure poſitivo) ædilitium edictum, quo proditæ ſunt duæ actiones, *Redhibitoria, & Quantò minoris*. Verùm, nullam eſſe contrarietatem, patebit ex dicendis infrà, cùm agam de Reſciſſione Venditionis ex illo edicto. Et nunc breviter rationem do, quia in Regula ponitur; quòd emptor cedat Iure ſuo ad reſcindendum contractum, caſu quo vitium deprehendatur: item, quia periculi intuitu pretium eſt diminutum, ideo non habet actionem *quantò minoris*.

149. Regula 2. Quando vitia ſunt ex ſe manifeſta, non eſt obligatio illa exprimendi, ſed ſolùm non excedendi in pretio; hoc eſt, non vendendi eo pretio, quo venderetur, ſi vitio careret. Limitanda tamen eſt regula, niſi emptor eſſet ineptus ad vitium deprehendendum, adeoque reſpectu illius vitium eſſet reverà occultum; adeoque de tali vitio ſtatuendum eſt, quod de aliis occultis.

Huic Regulæ addo, quòd ſpectato Iure civili venditor ad nihil teneatur, etiamſi neget expreſsè tale vitium adeſſe; ſi vitium ſecundùm ſe ſit manifeſtum. *l. 43. ff. de contrah. empt.* ubi res exemplo declaratur. [Ea quæ commendandi causâ in venditionibus dicuntur; ſi palàm appareant, (ſubintellige falſa eſſe) venditorem non obligant, veluti ſi dicat, ſervum ſpecioſum, domum benè ædificatam; at ſi dixerit, hominem litteratum, vel artificem, præſtare debet; nam hoc ipſo pluris vendit.] Ratio eſt, quia Mercatores ſolent laudare ſuas merces, & econtra extenuare quantùm poſſunt vitia etiam manifeſta. vnde ſi emptor vitia non advertit, præſumitur non curare.

150. Regula 3. Quando vitium occultum tangit ſubſtantiam intrinſecam rei, quæ alia exiſtimatur, & ut alia proponitur ab ea quæ eſt, obligatur venditor vitium aperire. Exemplum: quando res quæ venditur, eſt litigioſa, adeoque Ius non ſit integrum, & tamen pro integro venditur. Verùm, in hoc caſu ſupplet taciturnitatem obligatio de evictione, ut jam ſuprà traditum eſt. Melius exemplum putarem eſſe, ſi venderet rem, v.g. fundum tanquam liberum, cùm tamen habeat ſervitutem impoſitam. Sed de his conſtabit ex dicendis infrà de *ædili edicto*, & de actione *Quantò minoris*.

151. Regula 4. Quando Emptor nihil interrogat, & venditor apertè exponit merces, non occultando arte aliquâ earum vitia (qualis eſſet mittere guttam Mercurii aſello in ventrem, ut vivax appareat) diſtinguit Lugo. Si res, non obſtante illo vitio, adhuc eſt tali pretio digna, & communiter ſolet eo pretio emi, tunc, licèt huic emptori particulari non deſerviat ad uſum, ad quem illam emit, putat Lugo, venditionem eſſe juſtam, dum emptor non dixit, ſe velle ad talem uſum emere: v.g. vendis vinum, quod quidem conſervari diu non poteſt, ſed tamen in eo ſtatu, quem adhuc habet, communiter ad uſum quotidianum venditur tali pretio: nec emptor petit vinum ad conſervandum, ſed prægustato illo vino emit illud, non videris ex juſtitia obligatus ad indicandum periculum: quia non inducis dolo ad emendum, ſed publicè exponis vinum venale; quod etiam cum periculo eſt dignum tali pretio. Ad ſummum teneris ex charitate poſtmodum monere (ſi ſine gravi tuo damno potes, juxta Regulas traditas to. 1.) ut citò vendat, ob periculum ne corrumpatur. Si verò econtra, ex communi modo, quo merces venales proponis in tali loco, ubi ad talem uſum (quem emptor intendit) ſolent ut plurimùm emi, ſignificatur; & quaſi proclamatur, eas ad talem uſum utiles eſſe, ad quem tamen ob vitium occultum ſunt minùs utiles, obligatio erit vitium manifeſtandi: quia alioquin dolo agis, dum virtualiter profiteris, ſervire ad talem uſum, & ſic ad emendum inducis: neque te excuſaret, etiamſi in pretio deſcenderes, v.g. ſi in Macello, ubi carnes venduntur ad uſum, ad victum præſentaneum, darentur tibi carnes, quæ non eſſent bonæ, niſi ut ſalitæ conſervarentur ad multos menſes: vel ſi in foro piſcatio, ubi piſces ſine ſale communiter venduntur, exponerentur piſces ſaliti, quaſi recentes; qui ad eum uſum non eſſent ità utiles.

CON-

CONTROVERSIA XVIII.

De Iuſtitia in pretio ſervanda, ejúſque licita, vel illicita variatione.

§. I.

Quotuplex ſit rerum venalium pretium.

SUMMARIUM.

Diviſio Pretii in legitimum, & naturale ſeu vulgare. 152.
Pro Iuſtitia pretii legitimi ſtat præſumptio, & eſt ad unguem ſervandum. 153.
Pretium naturale non conſiſtit in indiviſibili. eod.
Subdividitur in Infimum, Medium, Summum, ſeu, in Pium, Moderatum, Rigoroſum. 154.

152. Dividitur Pretium juſtum in Legitimum, & Naturale, ſeu Vulgare. Legitimum illud dicitur, quod à Magiſtratu taxatur, conſideratâ rei qualitate aliíſque circumſtantiis: nec eſt penes ſubditos illud augere, vel minuere; & hoc reſpectu dicitur conſiſtere in indiviſibili. ſic ſolet taxari frumenti pretium, & etiam ipſius panis cocti ad libram, adeo, ut quandoque majus pretium taxetur, quàm velint ipſi piſtores, quando ob nimiam copiam non inveniuntur homines, qui velint laborare.

Pretium vulgare eſt, quod communi hominum judicio & æſtimatione menſuratur. quod eleganter declarat Paulus Jureconſulus in leg. 63. *ff. ad leg. Falc.* [Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate ſingulorum, ſed communiter funguntur. Nec enim qui filium naturalem poſſidet, tanto locupletior eſt, quòd eum ſi alius poſſideret, plurimo redempturus fuiſſet. Sed nec ille, qui filium alienum poſſidet, tantum habet, quanti eum pater vendere poteſt. nec exſpectandum eſt, dum vendat, ſed in præſentia, non quâ filius alicujus, ſed quà homo æſtimatur.]

153. Pro Iuſtitia pretii legitimi ſtat præſumptio, & ideo, niſi evidenter conſtet, Magiſtratum ſive ex ignorantia, ſive ex affectu perverſo taxâſſe, eſt ad unguem ſervandum, ne committatur injuſtitia. quod tamen limitat Lugo in eo caſu, quo in favorem venditoris taxatum eſſet (quod rarò fit) tunc enim, inquit, poſſet venditor ſine injuſtitia plus exigere, dum tamen non excedat pretium naturale ſummum; & hoc ait fieri in emptione cenſuum, de quo ſuo loco videbimus.

Pretium vulgare ſeu naturale non conſiſtit in indiviſibili, ſed ejus juſtitia latitudinem recipit ex arbitrio privatorùm, intra quam latitudinem

154. Subdividitur in Infimum, Medium, Summum, ſive, in Pium, Moderatum, & Rigoroſum: quanta autem diſtantia ſit inter hæc pretia, nec poteſt certâ Regulâ taxari, nec Doctor. in judicia conveniunt, ſicut nec conveniunt in taxanda quantitate furti mortalis. Cæterùm, ſicut quantitas furti mortalis reipsâ, & à parte rei conſiſtit in indiviſibili, & eſt Deo nota, hominibus autem ignota (ut tom. 1. tr. 2. dictum eſt) ità in præſenti dicendum eſt (quidquid aliqui negaverint apud Salas) æqualitatem pretii à parte rei conſiſtere in indiviſibili, ſcil. Deo cognito, qui optimè ponderat hominum affectus, & rerum ad invicem comparatarum utilitates: ſed quia homines non habent hujusmodi notitiam, & ſtateram, quâ poſſint hominum diverſos affectus ità inter ſe ponderare, ut inde conſtet de indiviſibili medio, hinc naſcuntur diverſa judicia, ut aliqui v. g. judicent, talem equum adæquari 100. florenis, alii, centum & quinque, alii, nonaginta quinque: & ſic proportionaliter dominoribus aut majoribus ſummis loquendo, & computum inſtituendo: & hinc naſcitur illud triplex pretium juſtum, propter triplicis opinionis probabilitatem, & earum, quæ intra illos terminos extremos conſiſtunt.

§. II.

Vndenam deſumenda ſit variatio Pretii juſti.

SUMMARIUM.

Pretium variatur ex variis circumſtantiis. Regula quorundam de juſta variatione. 155.
Rejicitur Regula ab aliis DD. eod.
Ex quibus circumſtantiis præcipuè variatio deſumatur ſecundùm alios DD. 156.
An particularis indigentia aut affectus venditoris poſſit eſſe cauſa variandi. 157.
Modus vendendi eſt notabilis circumſtantia variandi. 158.
An res aliquæ particulares aliunde non taxatæ, poſſint à contrahentibus ad libitum taxari. 159.

Certum eſt, pretium tam legitimum, quàm vulgare & naturale ex variis circumſtantiis variari, & modò augeri, modò minui. Augetur ex penuria mercis, v. g. ſi eſt frumenti inopia; videmus creſcere pretium ſcaphæ. item ex raritate vendentium, & multitudine ementium. E contra diminuitur ex mercis copia: unde his temporibus cum pretium ſcaphæ excreviſſet usq; ad 10. fl. deinde decrevit usque ad 5. item ex multitudine vendentium, &c. de quibus enucleatiùs agendum.

155. Aliqui Doctores ſtatuunt pro Regula juſti pretii naturalis quoad ſuam variationem: Quando

Quando res à Mercatoribus venditur, dicunt pretium juſtum eſſe Expenſas, quas fecerunt emendo, adportando, conſervando, additâ juſtâ mercede pro induſtria, laboribus & periculis, non ſecùs acſi conducti fuiſſent à Republica, ad merces illas ſuo periculo afferendas, & vendendas. Ità Scotus *in 4. diſp. 15. q. 2. ad finem. a. 2.*

Rejicit hanc Regulam poſt Molinam, & alios Card. de Lugo *d. 26. n. 41.* Primò. Quia ſi Mercator aliquis majus damnum paſſus fuiſſet propter naufragium, vel furta quæ paſſus eſt in afferendis mercibus, poſſet ſecundùm hanc Regulam majus pretium exigere, tametſi ab aliis viliùs venderentur: quod falſum eſt, cùm res illa communiter non tanti æſtimetur, ſed viliori pretio haberi poſſit. Ad hoc tamen fortè reſponderent Scotiſtæ, Regulam eſſe intelligendam de communiter contingentibus, & quæ non uni particulari, ſed communiter omnibus, vel accidere ſolent, vel timeri probabiliter poſſunt.

Secundò, rejicit, quia hæc Regula non eſt univerſalis, nec ſervit illis, qui Mercatores non ſunt, ac proinde illam Regulam obſervare non poſſunt: ergo aliunde debent pretium menſurare. Ego tamen exiſtimo, quòd Scotus non acceperit *Mercatores* in ſtricta ſignificatione pro Negotiatoribus, ſed generaliùs pro omnibus venditoribus, qui Regulam poſſunt ſibi applicare demptis demendis.

Tertiò, denique rejicit illam Regulam, quia ſæpè contingit, merces aliquas non magnis expenſis, aut periculo ab aliquo adductas fortuitò ad eum locum, ubi earum magna penuria eſt, & indigentia, quo caſu ob multitudinem emptorum, & mercis inopiam, magno pretio juſtè venduntur. Verùm, ad hoc iterum reſponderi poſſet, impugnationem procedere in caſu particulari, & per accidens: talem autem Mercatorem non debere ob ſuam fortunam eſſe peioris conditionis ac alios, qui communiter hujusmodi merces tali loco vendunt. Quidquid autem ſit de hac Regula,

156. Cæteri DD. in genere dicunt, variationem deſumi ex variis circumſtantiis: inter quas tamen circumſtantias non eſt perfectio intrinſeca, & phyſica rerum, alioquin unicus mus pluris vendi poſſet, quàm maximus acervus frumenti. Præcipua ergo circumſtantia eſt utilitas communis in ordine ad uſus humanos. Deinde ex æſtimatione in ordine ad alios fines: unde gemma etſi minùs utilis ſit communibus uſibus hominum, ob ſpeciales tamen virtutes pluris æſtimatur parvula gemma, quàm maximus acervus tritici. Advertit autem Lugo, hanc æſtimationem non debere neceſſariò eſſe hominum prudentum, ſed ſufficere æſtimationem etiam *imprudentum* (credo quòd intelligat vulgus) ſi communis tamen ſit in eo loco. Unde (inquit) noſtra jocalia, & vitrum, juſtè apud Æthiopes pro auro commutantur, quia pluris apud eos communiter æſtimantur: ſicut apud Japones res aliquæ ferreæ & teſtaceæ veteres, nullius apud nos valoris, propter antiquitatem maximo apud illos pretio emuntur.

Inter has tamen circumſtantias non eſt numeranda particularis indigentia emptoris: unde valde famelico non licet cariùs vendere, quàm non famelico. ſicut nec illi, qui præ aliis poterit ex re empta artificium pretioſum efficere, v. g. tornator ex ligno, aut oſſe. Ratio eſt, quia hæc non variant communem æſtimationem.

157. Dubitari poteſt, an venditoris indigentia particularis, aut ſpecialis affectus ad talem rem, poſſit eſſe juſta cauſa cariùs vendendi. Ratio dubitandi eſt, quia major affectus, aut indigentia emptoris, non eſt hujusmodi ſufficiens cauſa, ut jam dictum eſt: ergo nec venditoris. Reſpondetur, non poſſe quidē pluris vendi, ſpectando præciſè rem ipſā, quæ denominatur vendi, v. g. equus talis coloris, ob quē venditori ſpecialiter ſervit, & amabilis eſt, eſto non ſit emptori, ſed quia reipsâ præter equum æſtimatur incommodum, quod carentia talis equi ſpecialiter inducit, quod etiam eſt pretio æſtimabile, inſtar damni emergentis: unde patet diſparitas inter venditorem & emptorem. Nam ex indigentia emptoris nihil ampliùs accedit venditori. Hinc licet Cauſſidicus aliquis, non poſſit ab uno cliente plus petere quàm ab alio, præciſè & unicè propter illius majorem indigentiam, ſi tamen ſerviendo Petro deberet interea negligere optimam occaſionem lucrandi longè plus in alia cauſa, poſſet hoc adducere in æſtimationem.

158 Denique notabilis circumſtantia variandi pretium conſiſtit in modo vendendi, v. g. quando res venduntur ſingillatim & minutim, cariùs venduntur, quàm ſi cumulatim. Ratio eſt, quia cumulatim vendendo exonerant ſe majori curâ in conſervandis rebus, redduntur expeditiores ad conquirendas novas merces, &c. Hinc etiam res in ſubhaſtatione venales minori pretio venduntur, nempe ob paucitatem emptorum, quam manifeſtat ultronea obtruſio mercis: ſicut econtra cariùs venduntur, quando emptores licitando certant, & pretium augent, inde enim colligitur emptorum copia, & ideo in iſto vendendi modo pretium eſt valde incertum, & omne illud cenſebitur eſſe pretium juſtum, quod ex concertatione emptorum haberi poteſt, & ſi non ſint, qui concurrunt, pretium quantumvis exiguum erit juſtum, pro quo emptor inveniri poterit: nam eò usque vileſcit merx in tali caſu, dummodo abſit fraus, qualis eſſet, ſi quis aliquos ſubornaret, qui reverâ animum non habent, tam caro emendi, in eum finem, ut qui emere cogitant, in pretio offerendo creſcant.

159. QUÆRITUR, an res aliquæ particulares, quæ nec à lege, nec ab uſu communi, (quia communiter non ſunt in uſu) æſtimationem & pretium taxatum habent, poſſint ab ipſis

contrahentibus ad libitum taxari. Exemplum affert Lugo de Falcone, an ſi concurrat avaritia Venditoris, & cupiditas Emptoris, poſſet pro 2000. ſlorenis, vel denique pro integro Regno vendi abſque injuſtitia. Aliud exemplum, non ità pridem practicatum, habetur in Avicula Canarienſi, quæ quidem communi pretio vendi ſolet uno Imperiali; ſi tamen tota candida naſcatur (quod quandoque caſu, quandoque per artes procuratur) venditur 30. & pluribus Imperialibus, attentâ ſolâ amænitate & raritate coloris. Hanc praxin videntur damnare Leſſius, Rebellus, Navarrus, Caietanus, Molina, & alii, quos refert & ſequitur Salas, & Lugo n. 46. qui omnes requirunt ad juſtitiam pretii, ut communiter prudentes judicent, attentis circumſtantiis, qualitate, utilitate, caritate, expenſis, periculis, diſficultate in afferendo, novitate, emptorum pluralitate, valere tantùm, & poſſe pro tali pretio prudenter emi; illud verò pretium fore injuſtum, quod judicant non poſſe niſi per imprudentiam, & inordinatam cupiditatem ſolvi. Et hæc ſententia ſpeculativè verior eſt: ſed quia praxis habet contrarium, illa defendenda eſt auctoritate plurium, qui pretium arbitrio contrahentium relinquunt, & ità tenent Sotus, Navarra, Victoria, Bannez, Valentia, Ledeſma, Emanuel, Joannes Medina, Barthol. Medina, Canus, Penna, Toletus apud Salas *dub. 5. n. 1.* Reginaldus, Sà, quos ſequitur Diana *to. 1. tr. de Contract. Reſol.* 56. & huic ſententiæ favere videtur, quod ipſe Lugo ſuprà docuit, ſufficere ad commutandum apud Æthiopes vitrum pro auro, quòd imprudentes ibi communiter æſtiment vitrum auro dignum: unde nunc hoc loco infert Lugo, quòd præſuppoſito tali conſenſu imprudentium, prudentes reflexè judicent, tale pretium eſſe juſtum, quia ex æſtimatione communi pretium taxandum eſt. Sic ergo in caſu præſenti dici poteſt, talium rerum rararum æſtimationem communem apud illos, qui pecuniis abundant, & novitatibus delectantur, taxare pretium longè majus, quàm per ſe taxarent prudentes, qui pecunias æſtimare ſciunt: ſed ſuppoſito illo imprudenti judicio divitum & curioſorum, ipſos etiam prudentes reflexè judicare, pretium ab imprudentibus & curioſis taxatum eſſe juſtum. Certè in praxi hæc beniguior ſententia nunquam deſeretur.

§. III.

Quomodo intelligendæ ſint Leges permittentes in Contractu Emptionis Circumventionem infra dimidium juſti Pretii.

SUMMARIUM.

Circumventio infra dimidium juſti pretii, quo ſenſu non ſit licita ſecundùm Theologos. 160.

Legum permittentium hujuſmodi circumventionem prima Interpretatio. 161.

Secunda Interpretatio. 162.

Exceptio in emptione rei habentis pretium à Iure taxatum. eod.

HUjuſmodi leges adducuntur ex Iure Civili, imprimis lex 22. §. 3. *ff. Locati.* ubi ſic loquitur Paulus JC. [Quemadmodum in emendo, & vendendo naturaliter conceſſum eſt, quod pluris ſit, minoris emere, quod minoris ſit, pluris vendere, & ità invicem ſe circumſcribere, ità in locationibus quoque & conductionibus Iuris eſt.] Item lex 16. § 4. *ff. de Minorib. Idem Pomponius ait, in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus ſe circumvenire.*

160. Eſt autem indubitata Theologorum ſententia, hujuſmodi circumventionem non eſſe licitam in eo ſenſu, quaſi ille qui alterum infra dimidium juſti pretii infimi læſit, non teneatur reſarcire usque ad juſtum pretium infimum, ſed ad hoc omnino teneri, v. g. ſi rem valentem 20. tanquam pretium infimum, aliquis emeret ſlorenis duodecim, tunc teneretur ſolvere ulteriùs octo florenos in conſcientia. Theologis aſſentiuntur intelligentiores Iuriſtæ, inter quos clariùs ſe explicat Hunnius, quem Auctorem tametſi VVadingus in contrarium citet *vol. 1. in Treuil. diſp. 29. th. 13. q. 9.* ibi tamen plus non dicit, quàm quòd contractus talis ob talem læſionem non debeat reſcindi, ſed non negat, defectum eſſe ſupplendum: hoc enim expreſsè tradit in proprio loco *de empt. vend.* quæ quidem diſputatio inſcribitur *vol. 1. 28.* ſed eſt tranſpoſita ab Auctore in volum. 2. ubi *q. 8. litt. D.* in fine ſic loquitur. [Nec puto ſalvâ conſcientiâ circumvenientem in contractu emptionis alterum poſſe, deprehensâ & cognitâ iſtâ circumventione, bonâ conſcientiâ, & ſalvo præcepto Dei, id quod ex circumventione iſta lucratus eſt, retinere. atque in hoc puncto LL. Civiles, ut & aliàs ſemper ſeſe divinis legibus accommodare debent.] Ità Hunnius. Alii Iuriſtæ, quos refert & ſequitur Harpprecht §. 1. *Inſt. h. t. n.* 21. putant, tunc ſolùm teneri ad reſarciendum defectum, quandò fraus & dolus interceſſit. Sed hoc non cohæret cum vera Theologia, ut patet ex traditis *to. 1. tr. 2. de duplici Radice Reſtitutionis faciendæ.*

Pro-

Digitized by Google

Probatur hæc ſententia nunc breviter ex illo Pauli 1. *ad Theſſal.* 4. *Ne quis ſupergrediatur, neque circumveniat in negotio fratrem ſuum, quoniam vindex eſt Dominus de iis omnibus.* quam ſententiam amplexus eſt S. Auguſtinus 13. *de Trin. c.* 3. dicens, velle vili emere, aut carò vendere, utrumque vitium eſſe. addítque ſe ſcire hominem (fortè ſeipſum) qui multò majus pretium pro codice dedit, quàm venditor valoris ignatus poſtulâſſet. Hoc ipſum colligi poteſt efficaciter ex lege 2. *C. de reſcind. ven.* (de qua lege erit infrà longa diſputatio) ubi, quando læſio fuit ultra dimidium juſti pretii, non ſolùm jubetur reſtitui illud, quod excedit dimidium, ſed totum juſtum pretium, ut dicetur. Ergo ſupponitur etiam læſionem infrà dimidium eſſe contra juſtitiam, & æqualitatem in hoc contractu requiſitam, alioquin qui rem valentem 20. emiſſet 9. non teneretur niſi unum reſtituere, cùm tamen teneatur reſtituere 11.

Reſtat videndum, quem ſenſum legitimum habere poſſint illæ leges, quæ dicunt, eſſe permiſſum, & licere naturaliter contrahentibus ſe circumvenire.

161. Prima Interpretatio eſt, leges loqui de circumventione intra latitudinem juſti pretii, hoc eſt, quòd venditori liceat quâcunque arte, & aſtu, ac tergiverſatione, &c. inducere, ut emat pretio ſummo, & econtra emptori licere venditorem eò deducere, ut vendat pretio infimo Ità Valentia *to.* 3. *diſp.* 5. *q.* 20. Bonacina *de Contract. d.* 2. *q.* 3. Reginaldus *lib.* 25. *n.* 309. & alii. Verùm, hæc Interpretatio nullo modo cohæret cum intentione illarum legum, quæ ſatis clarè loquuntur de circumventione ultra juſtum pretium ſecundùm totam ſuam latitudinem, dum dicunt, licere id quod minoris valoris eſt, majori pretio vendere.

162. Secunda Interpretatio eſt P. Molinæ, quem ſequitur Lugo, illas leges per *naturaliter licere* ſolùm ſignificare, non dari actionem Iuregentium ad reſcindendam venditionem, niſi fuerit exceſſus ſupra dimidium: neque enim unquam ulla fuit natio, quæ pro quacunque pretii aut valoris defraudatione actionem concederet. Addit deinde Molina. Quòdſi Iureconſulti illi cenſuerunt, id licitum eſſe Iure naturali preſsè & propriè ſumpto, ſanè errârunt turpiter, neque ſtandum eſt illorum ſententiæ, ſicut etiam errârunt admittentes præſcriptionem cum mala fide tanquam licitam. Adverte, Molinam non dixiſſe abſolutè, illos errâſſe, ſed conditionatè, ſi putârunt id licere Iure naturæ. Vnde miror, quòd P. VVadingus redarguat Molinam, quaſi damnaverit Ius civile erroris, cùm tamen Ius Canonicum *in c. cùm dilecti. & c. cùm cauſa. de empt.* eodem modo loquatur, quo Ius civile. Sed falſum eſſe apparet ex verbis relatis, quòd erroris damnaverit Ius civile, cùm potiùs illud defendat, dando commodam explicationem illius.

Et ſanè non video, in quo clarior ſit explicatio, quam P. VVadingus approbat ex Arió Pinello ad *l.* 2. *C. de reſcind. vend. p.* 1. *c.* 1. & eſt hæc. [Ius Civile non dicere, honeſtum eſſe, ſe circumſcribere, ſed permiſſam & impunitam à lege læſionem, quæ ſine contrahentium fraude committitur, quando non eſt enormis: nam Regula eſt ff. de R. I. *Non omne quod licet, honeſtum eſt.* & L. *ſemper. ff. de ritu nupt. Non ſemper quidquid liceat, ſed quid honeſtum ſit, eſt inſpiciendum.* & Petrus Faber in Reg. cit. multis oſtendit, *Licere* ſignificare idem quod: *Permiſſum eſſe.* non ergo in Iure verbum *Licet* accipitur ſemper in Theologico rigore, ſed alio modo, ut ſcilicet propter inclinationem naturalem, quam habent homines ad ſe decipiendum in emptionibus, non punit omnem deceptionem, niſi ſit enormis, ut lites non multiplicentur, in conſcientia ergo tenetur.] Sed hæc quid aliud dicunt, quàm non dari actionem, quæ eſt reſponſio Molinæ?

Advertenda autem hîc eſt exceptio, quandò exceſſus ſit in emptione rei habentis pretium à Iure taxatum: tunc enim, etiamſi læſio non ſit ultra dimidium juſti pretii, datur actio, etiam in foro externo, quia pretium taxatur pro foro etiã externo: & tunc non ſit occaſio multiplicandis litibus, cùm pretium ſit certum, & clariùs cognoſcatur læſio.

Omitto hîc tractare plures quæſtiunculas, quas DD. Hiſpani maximè tractant, quia in illis Regnis ſpecialis eſt occaſio practicandi: omitto, inquam, quia ut patet legenti Molinam & Lugo ſect. 7. facillimè reſolvuntur ex traditis de uſura, & paulò ſuperiùs de Regula juſti pretii: quæ iterùm deinde repetenda eſſent, ſi illas quæſtiones referre vellem. Ad alia ergo, quæ minùs accuratè ab illis tractantur, me converto.

CONTROVERSIA XIX.

Quomodo Contractus Emptionis contrahentium conſenſu diſſolvatur.

SUMMARIUM.

Regulæ diſſolvendi contractum Emptionis mutuo conſenſu. 163.

Intellectus legis 17. §. 2. ff. de pactis. 164.

Caſus in quo facilius diſſolvitur obligatio pignoris, quàm emptionis. 165.

An contractus emptionis poſſit diſſolvi quoad partem. 166.

An poſſit præſumpto conſenſu diſſolvi. 167.

Intellectus legis 56. *ff de pactis.* 168.

Caſus tacitæ diſſolutionis ex l. 2. ff. de reſcind. vend. 169.

Quid ſi ſecunda emptio eſſet ex aliquo capite nulla. 170.

Quid ſi eſſet conditionata, & conditio eveniret. eod.

An res adhuc integra eſſe cenſeatur, ſi poſt contractum conſenſu abſolutum, adhibeatur fidejuſſor, vel accedat ſtipulatio. 171.

An res deſinat eſſe integra per clauſulam Conſtituti. 172.

An poſſit reſolvi per retrotraditionem, ſi ex utraque parte eſt contractus impletus. 173.

Fabri ſubtilitas nimia rejicitur. 175.

Quid ſi Venditorem pœniteat pacti de reſolvendo contractu, an emptori competat exceptio. 176.

An contractus validus poſſit poſtea reſcindi à perſonis non habilibus ad contrahendum. 177.

163. DE hoc exſtat textus in *l. 3. ff. de Reſcind. vend. Emptio & Venditio ſicut conſenſu contrahitur, ità contrario conſenſu diſſolvitur, antequam fuerit res ſecuta.* Explicatiùs verò in §. fin. Inſt. *Quibus modis tollatur oblig.* [Ex obligationes quæ conſenſu contrahuntur, contrariâ voluntate diſſolvuntur. Nam ſi Titius & Seius inter ſe conſenſerint, ut fundum Tuſculanum emptum Seius haberet centum aureis, deinde re nondum ſecutâ (id eſt, neque pretio ſoluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut diſcederetur ab emptione & venditione, invicem liberantur.] Huc pertinent Regulæ Iuris. l. 35. [Nihil tam naturale eſt, quàm eo genere quidve diſſolvere, quo colligatum eſt, ideo verborum obligatio verbis tollitur; nudi conſenſûs obligatio contrario conſenſu diſſolvitur.] L. 100. *Omnia quæ Iure contrahuntur, contrario Iure pereunt.* l. 153. *Ferè quibuscunque modis obligamur, iiſdem in contrarium actis liberamur.*

Contra has Regulas objici ſolet ex contractu pignoris impropriè ſumpti, hoc eſt pro hypotheca, nam hæc etiam ſolo conſenſu contrahitur, & tamen non ſolo conſenſu contrario ipſo Iure, ſed tantùm per exceptionem tollitur, ut habetur lege 17. §. 2. *ff. de Pactis.* ibi. *Tollitur autem per exceptionem, quoties paciſcor ne petam.*

Ad hanc objectionem Cujacius reſpondet, negando paritatem, & ſpecialem vult eſſe rationem in hypotheca, quia eſt ſolummodo pactum pignoris, Emptionem verò eſſe contractum. Sed hoc benè rejicit Arn. Rath. *diſp. de Reſcind. Vend. th.* 38. Quia hoc modo potiùs augetur difficultas: cùm pactum faciliùs diſſolvatur quàm contractus.

164. Reſpondendum eſt, in textu allato non dici, quòd hypotheca non etiam ſolo conſenſu contrario tollatur, hoc enim fieri poſſe expreſsè habetur l. 2. *C. de Remiſſione pign.* ibi. *Nam obligatio pignoris conſenſu contrahitur & diſſolvitur.* In lege ergo quæ objicitur, per pactum de non petendo, non intelligitur pactum de non petendo pignore, ſed de pacto non petendi ipſum debitum principale, quo caſu ſi creditor poſtmodum petat debitum aut pignus, ſolâ Exceptione repellitur: quam interpretationem poſt alios ſequitur cit. Auctor, & etiam VVilhelm. Ludwel *in tit. Inſt. Quibus modis ob. toll. §. ult.* Ratio eſt, quia in tit. *de pactis* paſſim fit mentio de pacto non petendi debitum principale. Huc, meo judicio facit lex 5. ff. [Quibus modis pig. vel hypot. ſolvatur. Solvitur hypotheca, & ſi ab ea diſcedatur, aut paciſcatur creditor, ne pecuniam petat.]

165. Quin imò, in aliquo caſu faciliùs diſſolvitur obligatio pignoris, quàm contractus Emptionis: quando enim contractui emptionis acceſſit traditio alterutrius, vel pretii, vel mercis, nudo contrario pacto & conſenſu non poteſt diſſolvi, ſed neceſſe eſt ut accedat retrotraditio rei traditæ, ut infrà dicam. at verò etiamſi contractui pignoris accedat traditio pignoris, adhuc abſque retrotraditione ſolo nudo pacto contrario poteſt diſſolvi obligatio. diſparitas eſt, quòd in priore caſu transferatur dominium, vel conditio præſcribendi, in quæ nihil poteſt nudum pactum, ut benè obſervat cit. A. th. 39. at verò traditione pignoris non acquirit creditor ampliùs Ius, quàm per ſolum contractum acquiſivit, ſed ſolam naturalem poſſeſſionem acquirit. De pignoris diſſolutione agetur ſuo loco.

166. QUÆRITUR 1. An ſicut contractus Emptionis diſſolvi poteſt quoad totum, poſſit etiam diſſolvi quoad partem. Ratio dubitandi ſumitur ex lege 27 §. 6. *ff. de Pactis.* [Sed ſi ſtipulatus decem aut Stichum, de decem pactus ſim, & petam Stichum aut decem, exceptionem pacti conventi in totum obſtaturam, nam ut ſolutione, petitione & acceptilatione unius rei tota obligatio ſolveretur, ità pacto quoque convento de una re non petenda interpoſito, totam obligationem ſummoveri.] Quâ lege videtur apertè ſupponi, quòd ſoluto per contrariam conventionem contractu quoad

unam

Digitized by Google

unam partem totus contractus ſit diſſolutus. Contrarium tamen non minùs apertè habetur in *L. 4. ff. de Reſcind. Vend.* [Si Emptio contracta ſit, tugæ puta aut lancis, & pactus ſit venditor, ne alterutrius emptio maneat, puto reſolvi obligationem hujus rei nomine duntaxat.] Reſpondetur, has leges non eſſe ſibi contrarias. Nam in priore ſtatim in ſequentibus verbis totum id dicitur quod in lege 4. ff. h. t. [Sed ſi id actum inter nos ſit, ne decem mihi ſed Stichus præſtetur, poſſum efficaciter, de Sticho agere, nullâ exceptione opponendâ. Idem eſt, & ſi de Sticho non petendo convenerit.] In prioribus ergo verbis putat Arn. Rath. intentionem contrahentium fuiſſe, ut tota obligatio tollatur; verùm, an hæc interpretatio non ſit divinatoria, non facilè dixerim. melior tamen conciliatio non occurrit, & fatetur idem author, eſſe difficilem antinomiam, aliter haud conciliandam.

167. QUÆRITUR 2. An Contractus Emptionis poſſit tacitè & præſumpto conſenſu diſſolvi. Ratio dubitandi naſcitur ex legibus in ſpeciem contrariis. Quòd poſſit diſſolvi habetur apertè in *l. 5. ff. de Reſc. Ven.* [Cùm Emptor venditori, vel emptori venditor acceptum faciat, Voluntas utriusque oſtenditur id agentis, ut à negotio diſcedatur, & perinde habeatur, ac ſi convenïſſet inter eos, ut neuter ab altero quidquam peteret.] & *lege fin. ff. de acceptil.* ibi. [Cùm locatio conductio, Emptio venditio conventione facta eſt, & nondum res interceſſit utrinque per acceptilationem, tametſi NB. ab alterutra parte duntaxat interceſſit, liberantur obligatione.] Ex gr. Emptor quem fortè pœnitet contractûs, dicit Venditori. *habeas acceptum quod tibi debeo ex vendito equo ?* ſi Venditor reſpondeat, *habeo.* cenſetur & præſumitur etiam emptor acceptum habere, quod ipſi debet venditor ex empto, nempe equum: & ſic diſſolutus eſt contractus. non enim præſumitur venditor velle pretium donare, & remittere, retentâ obligatione tradendi mercem. nec Emptor alio animo cenſetur petere acceptilationem, quàm ut & venditor liberetur.

168. Objici tamen poteſt lex 56. ff. de Pact. ubi dicitur. [Si convenerit, ne Dominus à colono quid peteret, & juſta cauſa conventionis fuerit: nihilominus colonus à Domino petere poteſt.] & lex 5. *ff. locati. Si tibi habitationem locavero, mox penſionem remittam, ex locato conducto agendum erit.* Ergo poteſt locator manere obligatus, etiamſi per acceptilationem conductorem liberaverit. ℞. ad 1. legem, cum gloſsâ, ibi ſermonem eſſe, quando intra 10. v. g. annos locationis evenit ſterilitas, cujus intuitu Dominus remiſit unius anni vel duorum penſionem, nihilominus manet locatio. Ad. 2. legem reſpondetur, præſumi penſionem gratis eſſe remiſſam, quod in locatione domûs faciliùs præſumitur, quàm in emptione: dum ſcil: remiſsâ penſione nihilominus habitare permittit.

169. Ad hanc tacitam diſſolutionem Emptionis pertinet quoque Caſus qui habetur in lege 2. ff. h. t. [Si quam rem à te emi, eandem rurſus à te pluris, minorisve emero, diſceſſimus à priore emptione: poteſt enim, dum res integra eſt, conventione noſtrâ infecta fieri emptio: atque ità conſiſtit poſterior emptio, quaſi nulla præceſſerit: ſed non poterimus eâdem ratione uti (id eſt, à contractu recedere) poſt pretium ſolutum emptione repetitâ, cùm poſt pretium ſolutū infectâ emptionem facere non poſſumus.] Vnde infero, quòd in priore caſu hujus legis non deberetur nova Gabella, quaſi ex nova emptione, cùm eſſet potiùs quædam commutatio contractûs, ſeu meliùs, quædam conversio prioris in poſteriorem, ac in morali æſtimatione unicus contractus: nam ſecunda emptio non quaſi ſecunda conſiſtit, ſed quaſi prima, quam alia nulla præceſſiſſe intelligatur.

170. Sed quid ſi ſecunda Emptio eſſet ex aliquo capite nulla, an nihilominus prior eſſet diſſoluta? Reſpondeo negativè. quia cenſetur ſecunda emptio habere tacitam conditionem adjectam: *ſi ea non valeat, prior in ſuo valore maneat.*

Quid ſi ſecunda Emptio eſſet conditionata, & conditio poſtea eveniret? an ſecunda Venditio valeret? ℞. Si in pretio nulla eſt facta variatio, neque etiam ex circumſtantiis apparet, quòd contrahentes id fecerint animo novandi, & convertendi emptionem abſolutam in merè conditionalem, ſecunda venditio eſt nulla, nec ex ea agi poteſt, ſicut ſi eandem rem centies donarem, ex ſola priore donatione tenerer; nam licèt eadem res poſſit ex pluribus titulis deberi, non tamen niſi ſint tituli diverſi generis. Et hoc ſenſu intelligenda eſt lex 7. *ff. h. t. Si id quod purè emi, ſub conditione rurſus emam, nihil agitur poſteriore emptione.* Si verò pretium eſſet variatum, tunc præſumerentur contrahentes à priori contractu receſſiſſe, ut paulò ſuperiùs dictum eſt. Idem eſſet, (ut acutè notavit Arnold. Rath. *th. 46.*) ſi ſecunda venditio, etiam non variato pretio aliquam aliam utilitatem novam haberet, in priore venditione non repertam, & quæ ſerviret ad illam confirmandam: v. g. ſi rem à te Pupillo vel Minore, ſine tutoris vel curatoris autoritate emptam, poſtea vel cum ejusdem auctoritate, vel à te ſolo, ſed jam Majore facto iterum emam ſub conditione: quo caſu eventus conditionis faciet ut videat à te rem legitimè emiſſe, teneàtque ſecunda hæc emptio, non prima, aut certè per hanc ſecundam videaris ratam habere primam. *l. cit.* §. 1. [Si pupilli perſona intervenit, quia ante ſine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quamvis venditor jam ei obligatus fuit, tamen quia pupillus non

non tenebatur, renovata venditio efficit, ut invicem obligati ſint.] Itaque Venditio ſemiplena, hoc eſt ex uno latere claudicans (quatenus venditor pupillo, non pupillus venditori obligabatur) poteſt per ſecundam plenam & perfectam renovari.

Suprà, ad initium hujus Controv: dictum eſt, ad hoc ut Contractus iſte nudo partium conſenſu poſſit reſcindi, neceſſe eſſe, ut res adhuc ſit integra, id eſt, ex neutra parte ſit præſtitum id, ad quod contractus tendit, nempe, ut nec pretium ſit ab emptore ſolutum, nec merx à venditore tradita. Hinc

171. DUBITATUM eſt 1. An res adhuc integra cenſeatur, ſi poſt contractum conſenſu abſolutum adhibeatur fidejuſſor pro emptore aut venditore, vel accedat ſtipulatio. Ratio dubitandi erat, quia hæc videntur eſſe loco traditionis. Nihilominus reſpondetur affirmativè in l. 3. *pr. ff. h. t.* Ideoque quæſitum eſt, ſi emptor fidejuſſorem acceperit, vel venditor ſtipulatus fuerit, an nudâ voluntate reſolvatur obligatio. Iulianus ſcripſit ex empto quidem agi non poſſe, quia bonæ fidei Iudicio exceptiones pacti inſunt, an autem fidejuſſori utilis ſit exceptio videndum, & puto, liberato reo & fidejuſſorem liberari.

172. DUBITATUM eſt. 2. (ſubtiliùs quàm utiliùs) an res deſinat eſſe integra per clauſulam Conſtituti, ſi nempe venditor conſtituat ſe nomine emptoris velle mercem poſſidere. Et quidem contractum reſcindi per contrarium expreſſum conſtitutum, quo venditor iterum ſuo nomine vult poſſidere, non eſt dubium, ſicut reſcinderetur per realem retrotraditionem, ſi vera, & non ficta traditio interceſſiſſet. Dubium ergo procedit, an reſolveretur, ſi nulla mentio Conſtituti contrarii fieret, ſed pactû ordinario modo fieret. Negat Ant. Faber, quem ad longum rejicit Arn. Rath. th. 49. & rectè. Nam poſſeſſio poteſt ſolo animo amitti: atqui in caſu poſito Emptor ſatis declararet, ſe nolle poſſidere quando vult contractum reſolvi.

Objicit Faber. Licèt nudâ voluntate poſſeſſio amittatur, nudâ tamen voluntate ſine facto non poteſt alteri acquiri. ℞. Cùm in caſu dubii poſſeſſio corporalis maneat penes venditorem, non eſt opus alio facto, ſicut per clauſulam conſtituti ſine alio facto fuit acquiſita emptori.

Objicit 2. Dominium non poteſt redire ad venditorem ſine nova cauſa: atqui in caſu dubii nulla nova cauſa intervenit. Ergo Hoc argumentum nimium probat, nempe quòd neque reſolveretur contractus per expreſſum conſtituti contrarii clauſulam. Itaque in hoc caſu unica & ſufficiens cauſa reſtituti dominii eſt reſolutio prioris contractûs, per quam res reſtituitur in priſtinum ſtatum, & perinde habetur, acſi contractus nullus interceſſiſſet, fingitúrque venditor retro ſemper Dominus manſiſſe.

Objicit 3. Nemo poteſt ſolo animo cauſam poſſeſſionis ſibi mutare. atqui hoc fieret in noſtro caſu. Nego minorem, nam præter animum venditoris intervenit conſenſus Emptoris, poſſeſſionem deſerentis.

173. QUÆRITUR nunc 3. Utrum, ſicut ſi ex una parte contractus eſt impletus, v. g. traditione mercis, poteſt reſolvi per retrotraditionem mercis, cùm utriusque conſenſu & voluntate recedendi à contractu, ità etiam poſſit reſolvi, ſi ex utraque parte fuerit impletus, & retrotraditio facta. Negat idem Ant. Faber & vult, fore novum contractum; unde ſequitur, quòd à talibus contrahentibus duplex gabella deberetur, ſi quæ contractui Emptionis impoſita eſſet: cùm econtra in ſententia communi approbante talem reſolutionem, nulla planè debeatur, quia perinde eſt, acſi nullus contractus celebratus eſſet, ſaltèm ſi in continenti, priusquam contrahentes ad alia divertant, recedatur.

174. Communis ergo ſententia probatur ex eo, quòd etſi leges loquantur de caſibus, ubi contractus ex una tantùm parte videtur impletus fuiſſe, ex paritate tamen rationis, & mente legiſlatoris ſatis conſtet, idem dicendum fuiſſe, ſi ſpecies facti alia fuiſſet propoſita. Lex eſt 58. *ff. de Pactis.* ubi dicitur: [Si ea quæ me ex empto præſtare tibi oporteret, præſtitiſſem, & cùm tu mihi pretium deberes, conveniſſet mihi tecum, ut rurſus præſtitis mihi à te in re vendita omnibus, quæ ego tibi præſtitiſſem, pretium mihi non dares, tuque mihi ea præſtitiſſes, pretium te debere deſinere: quia NB. Bonæ fidei ad quam omnia hæc rediguntur interpretatio, hanc quóque conventionem admittit. Nec quidquam NB. intereſt, utrum integris omnibus, in quæ obligati eſſemus, conveniret, ut ab eo negotio diſcederetur: an in integrum reſtitutis his, quæ ego tibi præſtitiſſem, conſentiremus, ne quid mihi eo nomine præſtares.] Quin immò lex 1. C. quando liceat ab empt. reced. videtur planè loqui cum præciſione, an ab una tantùm parte, an ab utraq; fuerit contractus impletus: ibi. [At enim poſt traditionem interpoſitam, nuda voluntas non reſolvit Emptionem, ſi non actus quoque priori ſimilis retroagens venditionem interceſſerit.] Faber autem nodum in ſcirpo quærit, dum negat, pecuniam dici, tradi. Cæterùm pro ſententia Fabri poſſet afferri diſpar ratio inter utrumque caſum: quia nempe ſi contractus eſt ex utraque parte impletus, nulla remanet obligatio reſolvenda: ſicut remanet ſolvenda, quando tantùm ex una parte eſt impletus. Quare mihi ob hanc diſparitatem, quam quidem non invenio ab aliis notatã, ſententia contraria non eſt improbabilis, neq; ea eſt ſolius Fabri; ut videtur ſupponere Arn. Rath. nam

nam eam tenet Laſartè, & Molineus, quos refert P. Molina & ſequitur indubitatè, lo. cit.

175. Illa tamen nimia eſt ſubtilitas ejusdem Fabri, dum docet, in caſu, quo contractus tantùm ex una parte impletus eſt, non ſuffectu- rum ad contractûs reſolutionem, ſi factâ retrotraditione dicerent contrahentes, *quòd velint à contractu recedere, eúmque irritum eſſe.* Sed putat, debere adhiberi formalia verba quæ habentur in lege 58. recitata, ità ut dicatur, re venditâ retrotraditâ, *emptorem nihil ex pretio præſtare teneri.* Hoc ſanè ſine riſu non legi, & meritò in hunc Fabri locum graviter ſimul, & graphicè invehitur Arnold. Rath, cujus verba referam ad cautelam aliorum in legendo Fabro, ne ejus auctoritati nimiùm deferentes ſæpiùs impingant. [Et quis ferat, inquit, tam putidam captationem verborum, eorúmque obſervationem à contrahentibus exigat? aut quis credat Imperatores in d. *l.* 1. *C. quando liceat.* (*voluit auctor citare legem* 58. *ff. de pactis: nam de hac loquitur Faber, quæ non eſt Imperatorum, ſed Neratii I. C.*) ità in verbis ludere, imò & conſulentibus imponere voluiſſe: quòd præſertim Impp. magis æquitatem, & rem ipſam, quàm miſeram & nudam ſubtilitatem Iuris, & ſcrupuloſitatem verborum in Reſcriptis ſuis ſecutos eſſe conſtat. { *Ità quidem hic A. ſed ut jam monui, non loquitur Faber de lege Impp. quare potiùs dicerem, quòd hoc ipſo quia Impp. nullam mentionem hujus ſolennitatis, & ſcrupuloſitatis fecerunt, ſignum ſit, eam non requiri.*) Neque uſquã facilè legimus, in celebrandis, & diſſolvendis contractibus, ſolennibus quibuſdam formulis opus eſſe: ſed imò omnia ex voluntate contrahentium æſtimata: qui autem hoc agunt, ut dicant ſe velle à contractu diſcedere, & contractum irritum eſſe, utique voluntatem ſuam ſatis expoſuerunt, quàm quæſitis coloribus, & confictis formulis labefactare velle, non eſt Iuriſconſulti, & ejus qui artem æqui, & boni profitetur, ſed improbi Cavillatoris, cùm ne tantillum quidem ſit, vel textûs, vel rationis, quod nos eò confugere cogat. Vt proinde nemò tam vacui capitis ſit, qui exiſtimet, Iureconſultos tam nuganter verba captâſſe, & aucupia ſyllabarum, præſertim in contractibus, qui ferè inter plebeios, & Iuris imperitos celebrantur, nec adhibere ſolebant IC. & in quibus voluntas contrahentium dominatur; quam hoc modo inaniſſimis nugis, & argutiis circumveniri nemo ferat. Et ridiculum ſit partes adſtringere præcisè ad formulam pacti quæ eſt in *l.* 58. *ff. de pactis* ut nihil agere intelligantur; niſi ſingula ibi propoſita verba tanquam pſittaci proloquantur, quem ſcopum, & ſententiam qui ICtorum in d. l. eſſe crediderit, meritò ad gentiles ablegandus videtur.] Hæc ille.

176. QUÆRITUR 4. Quid Iuris ſit in hoc caſu. Emptor cui merx erat jam tradita, pactus eſt cum venditore de reſolvendo contractu, & offert retrotraditionem mercis. ſed Venditor pacti pœnitens non vult recipere, mavultque pretium. Certum eſt, contractum non eſſe reſolutum, ut patet ex dictis. Certum etiam eſt, quòd in conſcientia venditor obligetur acceptare mercem, & ſic complere reſciſſionem. nam etiam nuda pacta naturaliter obligant. Quæſtio ergò eſt, quòmodo conſulatur in foro externo Emptori, contra Venditorem agentem ex vendito ad conſequendum pretium? Plures poſt Accurſium negant illi remedium Exceptionis. Sed verior ſententia illi Exceptionem concedit ex Regula generali, quòd ex nudo pacto, & naturali obligatione detur Exceptio. Ità P. Molina d. 373. §. *quando Emptio* poſt medium.

177. QUÆRITUR 5. An Contractus validè celebratus inter perſonas habiles ad contrahendum, poſſit deinde reſcindi à perſonis non habilibus, ſaltem eo uſque ut claudicet, ſicut claudicâſſet, ſi ab initio fuiſſet inter tales perſonas celebratus. ex. gr. Majorennis celebravit contractum Emptionis cum Minorenne vel impubere, adhibitâ tutoris auctoritate. deinde abſque tutoris auctoritate nudo pacto volunt à contractu recedere: quæritur, an tunc pupillus quidem liberetur, ſed tamen majorennis maneat obligatus, ſicut, ſi ab initio contractum ſine tutoris auctoritate celebrâſſent. Ratio dubitandi eſt, quia privilegium pupilli, ut poſſit alium ſibi obligare, quin ipſe obligetur (de quo ſuo loco dictum eſt) videtur non minùs locum habere in ordine ad diſſolvendum contractum, quàm primò celebrandum, quia in effectu planè perinde eſt. & ſanè fateor, quòd ad ſic inferendum facilè inducerer, niſi lex 7 §. 1. *ff. h. t.* obſtaret. [Si pupilli perſona intervenit, quia antè ſine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit: quamvis venditor jam ei obligatus fuit, tamen quia pupillus non tenebatur, renovatà venditio efficit, ut invicem obligati ſint. Quodſi ante tutoris auctoritas intervenerit, deinde ſine tutore auctore emit, nihil actum eſt poſteriore emptione. NB. Idem poteſt quæri, ſi ſine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut diſcedatur ab emptione? an perinde ſit, atque ſi ab initiò ſine tutoris auctoritate emiſſet, ut ſcilicet ipſe non teneatur, ſed agente eò retentiones competant? Sed nec illud ſine ratione dicetur, quoniam initio rectè emptio ſit contracta, vix bonæ fidei convenire, eo pacto ſtari, quod alteri captioſum ſit: & maximè ſi juſto errore deceptus ſit.] Quæ ultima verba reddunt mihi legem nonnihil dubiam; quaſi ſolùm procedat in caſu quò majorennis fuiſſet juſto errore deceptus, v. g. putans eſſe majorennem. Nihilominus non eſt recedendum à communi ſenſu interpretum, quòd tunc nihil penitus operetur tale pactum, & uterque maneat vi prioris contractûs obligatus perinde ac ſi nullum reſolutorium pactum interceſſiſſet. Ratio eſt, quia bonæ fidei non eſt conſent[illegible] ... à

con-

contractu valido recedatur ſemiplenè, cum deceptione alterius. Neque novum eſt in Iure, quòd fortiora ſint ea, quæ ſemel validè & ritè confecta ſunt, ut non poſſint deinde tam facilè ſolvi, quàm ab initio potuiſſent eſſe imperfecta. Sic teſtamentum inter liberos coram duobus teſtibus factum, valet, nec tamen poteſt coram duobus teſtibus revocari, ſed ſeptem teſtibus opus eſt. Non ergo ſine cauſa reſtrinxerunt leges privilegium pupilli in caſu præſenti. Imò ſi etiam Iuris errore deceptus fuiſſet majorennis, putans poſſe cum minorenne ſic contractum reſolvi, adhuc non deberet illi tale pactum captioſum eſſe, quamvis enim Iuris error ad lucrandum prodeſſe non poſſit, v. g. ad præſcribendum, quandò tamen agitur de damno vitando, non debet error Iuris nocere, ut alibi dictum. *ex lege 4. 7. 8. ff. de Iuris & facti ignorant.*

CONTROVERSIA XX.

De Reſolutione Emptionis ex Addictione in diem.

SUMMARIUM.

Diſcrimen inter conditiones contractibus apponi ſolitas. 178.
Conditiones Reſolutivæ, cur ità dicantur. 179.
Conditio in diem unde originem habuerit. 180.
Requiſita ad contractum ex addictione in diem. 181. *& ſeqq.*
An ſi melior conditio ab alio offeratur, teneatur venditor illam acceptare, & contractum reſolvere. 184.
An conditione reſolvatur prior contractus, ſi ſecundus emptor non ſit idoneus ad contrahendum. 185.
An ſi ſecundo emptori venditor rem non ſimpliciter addicat, ſe iterum cum nova addictione in diem vendat, prior contractus reſolvatur. 186.
Primus effectus remiſſionis, reditus dominii ad venditorem abſque traditione. 187.
Secundus, interea temporis periculum & emolumenta ad emptorem pertinent. eod.
Cur fructus reſtituendi venditori; ſi prior emptor eandem conditionem meliorem offerat, quam ſecundus. 188.

178. VT hæc Reſolutionis Species rectè intelligatur, advertendum eſt diſcrimen inter Conditiones, quæ contractibus apponi poſſunt. Aliæ enim conditiones (intellige de futuro contingenti) ſunt ſuſpenſivæ, aliæ Reſolutivæ. Suſpenſivæ (de quibus ex profeſſo actum eſt tract. 8. de Contractibus in genere) ideo tales dicuntur, quia contractus tunc primùm abſolvitur, & evadit abſolutus, quando ponitur conditio, v. g. ſi tibi nunc vendo equum, ſub conditione, ſi cras accepero Nuntium de Turca cæſo, &c. quâ conditione deficiente contractus inchoatus penitus evaneſcit, & quia nunquam fuit abſolutus ideo non dicitur propriè reſcindi, aut reſolvi, ſed potiùs impediri, ne abſolvatur. quodſi conditio evenit, tunc retrotrahitur ad tempus facti contractûs, ut perinde ſit quoad commoda & incommoda, (cum limitationibus ſuprà poſitis, ubi actum de periculo & commodo, ac fructibus rei venditæ) acſi fuiſſet abſolutè & ſine conditione celebratus: dum autem eſt incertus eventus, nulla naſcitur obligatio ex illis, quæ naſcuntur ex contractu perfecto, ſed ſolùm eſt obligatio exſpectandi eventum conditionis, quæ fundat ſpem contractûs perficiendi, & hæc tranſmittitur ad hæredes.

179. Conditiones autem Reſolutivæ ideo tales dicuntur, quia reſolvunt contractum abſolutum, non quidem ſi conditio deficiat, ſed ſi exiſtat. Exemplum ponitur in lege 3. *ff. de contr. empt.* *Si res ità diſtracta ſit*, ut ſi diſplicuiſſet, inempta eſſet. *conſtat non eſſe ſub conditione diſtractam, ſed reſolvi emptionem ſub conditione.* Videtur ergo hujuſmodi conditioni ineſſe tacitum pactum reſolutorium, ut ſi emptio poſtea diſplicerent, perinde ſit acſi pacto reſolutorio (de quo præced. contr.) à contractu recederetur.

Talis Conditio eſt, quæ dicitur *Addictio in diem*, de qua eſt titulus Digeſtorum *de in diem addictione.* ubi lege 1. ponitur ejus formula. *Ille fundus centum eſto tibi emptus, niſi ſi quis intra Kalendas proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à Domino abeat.*

180. Originem habuit hic modus contrahendi à modo vendendi ſub haſta, ubi concurrentibus pluribus emptoribus res illi addicebatur, qui licitando alios ſuperâſſet: poſtea privatis venditionibus introductum eſt, ut res uni venderetur, ità tamen, ut non penitus & irrevocabiliter addiceretur, ſed ſervaretur futuris licitatoribus certum tempus, ſi qui pluris emere vellent, & ſic meliorem conditionem adferre: quo caſu quidem venditio præſenti die primo emptori, ſed *addictio* fit *in diem*, id eſt, differtur in tempus certum, intra quod niſi alius pretium adjecerit, ſeu auxerit, tunc res primo emptori addicitur irrevocabiliter. Qui modus vendendi hodie non eſt valde in uſu. nec tamen propterea (ut multi faciunt) perfunctoriè tractandus, cùm poſſit iterum introduci. Itaque duo præcipuè diſcutienda veniunt. Primum, quandonam cenſeatur exiſtere illa conditio reſolutiva: *niſi alius intra conſtitutum diem meliorem conditionem obtulerit*: ut contractus reſolvatur, & res inempta ſit, ſeu habeatur. Secundum, quid ejuſmodi reſciſſio venditori tam circa rem ipſam venditam, quàm ejus incommoda non ſolùm in futurum, ſed etiam in tempus præteritum necdum allatæ melioris conditionis ſoleat tribuere. Et quidem quod attinet ad primum, plura requiruntur, quorum aliqua verbis exprimuntur, alia ſecundùm con-

contrahentium intentionem ex Iuris diſpoſitione ſubintelliguntur.

181. Primum ergo requiſitum ad contractum ex addictione in diem reſcindendum, eſt, ut alius emptor ſe offerat animo non ficto & ſimulato, ſed abſque dolo & ſyncerè, nam alioquin venditori facillimum eſſet à contractu recedere, ſubornando aliquem, qui plus offerat.

Secundum requiſitum eſt jam indicatum, ut novus emptor meliorem afferat conditionem, ut habetur *l.* 4. §. 5. *h. t.* [Sed etſi exiſtat alius emptor, meliorem tamen conditionem non adferat, æquè dicendum erit, perinde haberi, acſi non exiſteret.] Cenſetur autem meliorem facere venditoris conditionem, quidquid adferatur, quod ad ejus utilitatem pertineat. ut habetur *lege* 5. *eod.* ſive id conſiſtat in augmento pretii, ſive in modo ſolvendi, v. g. loco aut tempore opportuniore, ſive in majori idoneitate emptoris, ſive in ſublevatione alicujus oneris venditori incumbentis l. 4. §. 6. *eod.* ibi. *Si perſona idoneior accedat ad ſecundam emptionem.* v. g. quia eſt locupletior, vel faciliùs conveniri poteſt.

182. Tertium requiſitum, ut intra diem addictionis venditor non moriatur, vel ſi mortuus ſit, ei aliquis hæres exiſtat, cui poſſit melior offerri conditio. ità habetur l. 15. h. t. [Si prædiu in diem addicto, ante diem venditor mortuus ſit, ſive poſt diem hæres ei exiſtat, ſive omnino non exiſtat, priori prædium emptum eſt: quia melior conditio allata, quæ Domino placeat, intelligi non poteſt: cùm is qui vendat, non exiſtat: quòd ſi intra diem addictionis hæres exiſtat, melior conditio ei adferri poteſt.] Neque hæc deciſio omni ſcrupulo carebat, quia videri poterat defunctus ſufficienter repræſentari ab hæreditate jacente: ergo videri poterat illi poſſe meliorem conditionem afferri. Verùm ad hoc ſubtiliter & ſolidè reſpondet Arnoldus Raib *th.* 65. quòd *Hæreditas* ſit nomen Iuris, nec niſi in intellectu exiſtat (Philoſophi dicerent eſſe Ens rationis Logicum, ſeu denominationem moralem & civilem) ideoque perſonæ locum non obtineat, niſi in iis quæ Iuris ſunt, non item in iis quæ ſunt facti. Atqui contrahere, & meliorem conditionem facere, vel oblatam admittere, eſt res facti: quia conſiſtit in in actibus voluntatis: ergo jacente hæreditate non poteſt melior conditio adferri: quia nemo eſt, penes quem ſit eam acceptare vel repudiare, ſi nec venditor vivat nec hæredem habeat. Ergo jam verificatur, quòd non fuerit melior conditio intra diem addictum oblata: ergo contractus evadit irrevocabilis, & irreſolubilis.

183. Quartum requiſitum ad reſolvendum contractum eſt, quòd meliorem oblatam conditionem nolit primus emptor etiam ipſe præſtare, & adæquare: ſi enim hoc velit, penes ipſum res empta manebit, quia jam non ampliùs offertur ab alio melior conditio. arg. legis 7. h. t. ibi: *niſi prior paratus ſit plus adjicere*: hoc eſt, plus quàm primò conventum eſt: nec tamen requiritur, ut plus offerat, quàm offerat ſecundus: ſatis eſt, ſi adæquet. Ratio eſt in æquitate fundata. Melior enim debet eſſe conditio prioris, quàm poſterioris emptoris, cæteris paribus, ob jam perfectam emptionem.

184. Quæres 1. An, ſi melior conditio offeratur ab alio, teneatur venditor illam acceptare, & contractum reſolvere. ℟. Negativè, poteſt enim eam rejicere; ità ſcribit Sabinus in lege 9. *Licere venditori meliorem conditionem oblatam abjicere, ſequique primam quaſi meliorem.* ubi tamen additur: *Si hoc erat nominatim actum, ut liceret emptori reſilire meliore conditione allatâ, dicendum erit, diſſolutam priorem emptionem, etiamſi venditor ſequentem non admittat.* Ratio prioris eſt; quia venditor poteſt favori renuntiare; qui per addictionem in diem illi conceſſus eſt: & ideo dicitur, quòd lex reſolutoria emptionis in hoc caſu ſit quidem neceſſitatis quoad emptorem, voluntatis verò quoad venditorem. Ratio poſterioris eſt, quia ſtandum eſt pactis in contractu bonæ fidei.

185. Quæres 2. Si ſecundus emptor offerens meliorem conditionem ſit inidoneus, v. g. ſi non ſit ſolvendo, imò ſi non habeat poteſtatem contrahendi, ut pupillus ſi tutoris auctoritate, an nihilominus per addictionem illi à venditore factam prior contractus reſolvatur. ℟. Affirmativè per l. 14. §. 3. *ff. h. t.* [Sed ſi neuter ſubjecit emptorem, majore autem pretio addictum eſt prædium ei qui ſolvendo non eſt, abitum eſt à priore emptione: quia ea melior intelligitur, quam venditor comprobavit, cui licuit non addicere.]

186. Quæres 3. An ſi ſecundo Emptori venditor rem non ſimpliciter addicat, ſed iterum cum nova addictione in diem vendat, prior contractus nihilominus reſolvatur. ℟. Negativè per textum leg. 11. *pr. ff. h. t.* cum limitatione ibidem adjecta, niſi hoc ipſum inter contrahentes actum fuerit, ut res ſæpiùs addici poſſit. [Quod autem Sabinus ſcribit, fundum in diem addici non poſſe rurſus, qui ſemel fuerit in diem addictus, ratione ejuſmodi defendit, quia prioris emptoris ſtatim ſit, ſcilicet, quaſi non videatur melior conditio allata, ſi non ſecurè ſecundo emptori fundus addicitur, ſed alia licitatio proſpicitur. Sed Julianus ſcripſit, intereſſe multùm, quid inter contrahentes actum ſit, nec impedire quidquam, vel hoc agi, ut ſæpiùs fundus collocetur, dum vel primâ, vel ſecundâ, vel tertiâ addictione res à venditore diſcedat.]

187. Hactenus de iis, quæ requiruntur, ut ex conditione in diem reſcindatur venditio. Nunc videndum eſt, quid & quantum hæc remiſſio tam venditori, quàm primò emptori tribuere ſoleat, ſive in re ipſâ vendita, ſive in com-

modis acceſſoriis, tam in tempus futurum, quàm in præteritum, necdum allatæ melioris conditionis.

Primus effectus eſt, quòd abſque omni ſubſecuta traditione, dominium ipſo Iure ab emptore iterum in Venditorem transferatur, ſicut & rei vindicatio, utpote quæ tunc emptori non ampliùs competit. *L. 41. pr. ff. de Rei V.* [Si quis hac lege emerit, ut ſi alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione, poſt allatam conditionem jam non poteſt in rem actione uti. Sed, & ſi cui in diem addictus ſit fundus: antequam adjectio ſit ſacta, uti in rem actione poteſt, poſtea non poterit.]

Alter effectus eſt, quòd interea temporis donec adveniat dies addictionis, aut melior offeratur conditio, tam dominium, quàm periculum interitûs, & omnia commoda ac incommoda ad Emptorem pertineant: *l. 2. §. 1. ff. h. t. Ubi igitur pura venditio eſt* (id eſt, non conditionalis ſuſpenſivè, ſed reſolutivè) *Julianus ſcribit, hunc, cui res in diem addicta eſt, & uſucapere poſſe, & fructus, & acceſſiones lucrari, & periculum ad eum pertinere, ſi res interierit.* & ratio redditur l. 3. *Quoniam poſt interitum rei jam nec adferri poſſit melior conditio.* Ergo jam factus eſt irrevocabiliter Dominus. Ità quidem tacitè infertur in illa lege. & hanc conſequentiam approbat Arnoldus Raht *th. 74. n. 3. Eo igitur*, inquit, *inſtanti, quo res perit, verum eſt, ejus dominium ad emptorem abſolutè pertinere.* Verùm, de hac conſequentia poſſet meritò dubitari, nam non entis nullum eſt dominium, & deſtructio ſeu interitus rei eſt potiùs deſtructio omnis dominii, quàm alicujus dominii productio. Quare, ſi velimus rem magis phyſicè declarare, potiùs dicendum erit, quòd lex intelligenda ſit de inſtanti, quo res dicitur deſinere intrinſecè (ut loquuntur Philoſophi) hoc eſt, quo ultimò res eſt, & poſtea non erit: ſive, quando jam eſt poſita ultima diſpoſitio, ad quam ex cauſatum natura & neceſſitate ſequetur infallibiliter interitus: quo inſtanti jam verificatur: non poſſe ampliùs meliorem conditionem offerri: quod idem eſt, ac non eſſe oblatam.

Quod dictum eſt, commoda & acceſſiones ad emptorem pertinere, intelligendum eſt, ſicut dominium, id eſt revocabiliter; nempe ſi reſolvatur contractus per oblationem melioris conditionis, etiam omnes fructus, etiam conſumpti & uſucapti, unà cum aliis commodis & acceſſionibus reſtituendi ſunt, non ſecundo emptori (nam cum illo nihil contraxit primus Emptor) ſed Venditori, ad quem redit dominium. *L. 6. pr. h. t.* [Item quod dictum eſt, fructus interea captos Emptorem priorem ſequi, totiens verum eſt, quoties nullus emptor exiſtit, qui meliorem conditionem adſerat: ſi verò exiſtit emptor poſterior, fructus refundere priorem debere conſtat, ſed venditori.] Cæterùm Emptor deducet impenſas, ſi quas fecit, ut habetur *l. 14. eod.* [Imperator Severus reſcripſit, ſicut fructus in diem addictæ domûs, cùm melior conditio fuerit allata, venditori reſtitui neceſſe eſt; ità NB. rurſus quæ prior emptor medio tempore neceſſariò probaverit erogata, de reditu retineri, vel ſi non ſufficiat, ſolvi æquum eſt: & credo ſenſiſſe Principem de empti venditi actione.]

188. Illud alicui mirabile meritò videri poſſet, quod lege *6. §. 1.* ſtatuitur, nempe, ſi exiſtente ſecundo emptore meliorem conditionem offerente, prim⁹ emptor velit eandem meliorem conditionem venditori offerre, debeat tamen fructus venditori reſtituere: quod planè poſſet paradoxum alicui videri, ut benè etiam advertit Arnoldus Rath th. 76. quia dominium à primo emptore nunquam abſceſſit, cùm prior emptio non ſit reſoluta: cur ergo fructus deberet reſtituere? Hac ratione non obſtante Ulpianus aliud judicat cum Pomponio, his verbis. [Si quis exſtiterit, qui meliorem conditionem afferat, deinde prior emptor adversùs eum licitatus ſit, & penes eum emptorem manſerit, dubitari poterit, utrum fructus ipſe habeat, quaſi nullâ meliore conditione allatâ: an verò venditoris ſint, licèt eadem ſit perſona, quæ meliorem conditionem attulit: quod ratio facere videtur.] Sed quæ ratio? in textu nulla legitur, ſed non poteſt eſſe alia, quàm, (ut cit. A. ſubtiliter declarat) quia ipſa conventio requirit, ut per melioris conditionis oblationem res fiat inempta, adeoque prior emptio quoad fructus venditori cedentes & alios Iuris effectus perinde habeatur acſi non fuiſſet contracta. Et licèt, inquit idem A. unus idemq; emptor ſit, alia tamen atque alia emptio eſt. Prior enim durat usque ad meliorem conditionem allatam, poſterior à die melioris allatæ conditionis. Prior reſolvitur allatâ meliori conditione ab eodem primo emptore, perinde acſi allata eſſet ab alio emptore quolibet. nec ideo tamen prior emptor deſinit eſſe Poſſeſſor aut Dominus, ſed mutat ſibi titulum dominii & poſſeſſionis, fitque Dominus ex poſteriore venditione, cùm eſſet antea ex priore.

Contra hoc ſtatim occurrit duplex objectio. 1. Si prior emptor nec deſinit eſſe Poſſeſſor, nec Dominus rei, & tamen rem ſecundò emit: ergo emit à ſe ipſo, quia debet emere à Domino: item: ergo emptio non tendit ad acquirendam poſſeſſionem & dominium rei, quod eſt contra conceptum hujus contractûs. Reſpondendum videtur, tametſi ſit rei Dominus & Poſſeſſor vi primæ emptionis, quia tamen tantùm eſt revocabiliter, & penes venditorem remanet aliquod Ius radicale, vi cujus dominium ad eum reverteretur, ſi emptor primus non faceret meliorem conditionem, & quia poſſet hanc ipſam meliorem conditionem reſpuere, & adhuc aliam meliorem ab alio exſpectare, ſicque impedire quominus dominium primi emptoris evaderet irrevocabile,

ideo

Digitized by Google

... in ordine ad inducendam hanc irrevocabi-l...tem, neceſſe erat fingi venditorem Dominum, ut primus emptor eandem rem ab eo ſecundò emere poſſet, quatenus ſe ſubſtituit in locum ſecundi emptoris, adverſùs quem licitatur.

Objici poſſet 2. Ex hoc ſequeretur, quòd quis poſſet ſibi mutare cauſam ſuæ poſſeſſionis. hoc autem eſt contra regulam volgarem, quòd nemo ſibi cauſam ſuæ poſſeſſionis mutare poſſit, ut alibi dictum eſt, *tom. 1. tract. 3.* ℞. Regulam eſſe intelligendam, quòd quis non poſſit ſibi mutare cauſam poſſeſſionis ſine novo titulo ſuperveniente, benè tamen ex titulo novo ſuperveniente; neque abſurdum eſt, aliquem ſibi mutare titulum poſſeſſionis & dominii. arg. l. 33. §. 1. *ff. de Vſurp. & Vſucap.* ibi. [Si quis emerit fundum ſciens ab eo cujus non erat, poſſidebit pro poſſeſſore: ſed ſi eundem à domino emerit, incipiet pro emptore poſſidere: neque videbitur ſibi ipſe cauſam poſſeſſionis mutâſſe.]

Itaque, reſolutâ priori venditione per oblationem melioris conditionis, adeoque per poſitionem conditionis reſolutivæ, fingitur emptor nunquam fuiſſe Dominus ex priore, & perinde conſideratur, acſi hodie inciperet eſſe Dominus ex poſteriore emptione, quam celebrat cum venditore acceptante. Quare non debet videri paradoxum, quòd teneatur reſtituere fructus, quia nullam habet cauſam retinendorum fructuum, quos vi prioris emptionis percepit (quæ fingitur non præceſſiſſe) & quos venditori reſtituere teneretur, ſi alio meliorem conditionem offerente ipſe non adverſùs illum licitatus eſſet. Uſuræ tamen pretii ſoluti ipſi reſtituendæ ſunt à venditore, nam hæ fructibus reſpondent, ut ſuprà dictum. Sed de hoc nodo utcunque perplexo ſatis.

CONTROVERSIA XXI.

De Reſciſſione Emptionis ex Lege Commiſſoria.

SUMMARIUM.

Lex Commiſſoria quid ſit. 189.
An rectè vocetur in Iure Canonico Pactum Legis Commiſſoriæ. *eod.*
Quando dicatur lex eſſe commiſſa. eod.
An lege commiſſâ teneatur emptor reſtituere fructus interim perceptos. 190.
An lege commiſſâ ità reſolvatur contractus, ut etiam invito venditore maneat reſolutus. 191.
An lege commiſſâ ſit in venditoris poteſtate, non ſolùm vel eligere legem commiſſam, vel petere pretium, ſed etiam inter hæc variare. 192.
An lege commiſſâ amittatur arrha. 193.
An lex committatur, ſi emptor ſolvere voluit, ſed impeditus fuit. eod.

189. Addictioni in diem, de qua præced. Contov. actum, ſimilis eſt Lex Commiſſoria, utpote etiam aliquam conditionem reſolutoriam includens, de qua eſt integer titulus Digeſtorum, ubi primâ lege dicitur eam eſſe reſolutoriam. [Si fundus commiſſoriâ lege venierit, magìs eſt, ut ſub conditione reſolvi emptio, quàm ſub conditione contrahi videatur.] Porrò hæc lex commiſſoria aliud non eſt, quam Pactum contrahentium, quòd contractui cæteroquin perfecto & abſoluto adjicitur, ut niſi intra certum tempus & diem pretium ab emptore ſolutum fuerit, res ſit inempta. *l. 2. ff. h. t.* [Cùm venditor fundi in lege ità caverit: ſi ad diem pecunia ſoluta non ſit, ut fundus inemptus ſit: ita accipitur inemptus eſſe fundus, ſi venditor inemptum eum eſſe velit: quia id venditoris causâ caveretur.]

Vocatur hoc pactum in *Iure Can. c. ſignificante. de pignorib.* Pactum *legis commiſſoriæ*, id eſt, pactum, quod in Iure vocatur *Lex Commiſſoria*. ut non videam, cur gravis Iure Conſultus Arnold. Rath perſtringat hunc loquendi modum apud Interpretes receptiſſimum, quaſi eſſet nugatorius, perinde acſi quis diceret, eſſe *Pactum Pacti*. Nam quando dicitur: *Pactum Legis commiſſoriæ*, Pactum ponitur quaſi loco generis, & Lex commiſſoria loco differentiæ, ſicut cùm dicitur in Deo eſſe *Scientia Simplicis intelligentiæ, ſcientia Viſionis*. ubi non eſt ſenſus nugatorius, quaſi detur *ſcientia ſcientiæ*. Item, ſicut qui dicit ſe celebrâſſe Contractum Emptionis, non nugatur, quaſi diceret, ſe celebrâſſe Contractum Contractûs, cùm Emptio ſit formaliſſimè Contractus.

Quando ergo Emptor debito tempore non ſolvit pretium, dicitur *Lex eſſe commiſſa*, & res vendita redit ipſo Iure ad Venditorem, eique cedit, ſicut res quæ v. g. ob non ſolutum vectigal cadit in commiſſum, fiſco cedit. Neque, ut lex commiſſa ſit, neceſſe fuit, emptorem fuiſſe de ſolutione interpellatum ante temporis lapſum: *l. 4. §. fin. h. t. Marcellus dubitat commiſſoria utrum tunc locum habeat, ſi interpellatus non ſolvat, an verò ſi non obtulerit. Magìs arbitror* (inquit Vlp.) *offerre eum debere, ſi vult ſe legis commiſſoriæ poteſtate ſolvere.*

190. QUÆRITUR nunc 1. An ſi lex commiſſa ſit, nec Venditor illi renunciaverit, fructus interea perceptos reſtituere teneatur Emptor, ſicut præced. Contr. dictum eſt de Condictione in diem. ℞. Affirmativè, imò & damni culpâ dati æſtimationem ſolvere tenetur. *l. 4. pr. ff h. t.* ibi. [Videamus, quomodo venditor agat tam de fundo, quàm de his, quæ ex fundo percepta ſunt. itémque ſi deterior fundus effectus ſit facto emptoris, & quidem finita eſt emptio. Sed jam deciſa quæſtio eſt, ex vendito actionem competere.] Et quidem in caſu legis commiſſoriæ eſt ſpecialis ratio, quia emptoris

culpâ fit, quòd reſolvatur contractus, cùm econtra ex addictione in diem abſque omni culpa emptoris reſolvatur. Exceptionem tamen hæc aſſertio habet, quando Emptor partem pretii ſolviſſet, quam amittit, (ut infr. *quaſ. 4. dicetur.*) ſed non fructus.

Objici poſſet. Fructus percepti ex fundo cum lege commiſſoria aut addictione in diem vendito, non acquiruntur emptori Iure venditionis formaliter, ſed Iure dominii: ergo etiamſi reſolvatur venditio, fructus tamen emptor lucrabitur. ℞. Diſtinguendo antecedens. Iure dominii reſolubilis, & quod deinde perinde habetur, acſi nunquam fuiſſet, concedo, ſecùs nego. Itaque titulus dominii reducitur ad non titulum, & perinde eſt, acſi emptor nunquam habuiſſet Ius percipiendi fructus, quia perinde habetur, acſi nunquam illi fundus venditus fuiſſet.

191. QUÆRITUR 2. An Lege commiſſâ ità reſolvatur contractus, ut etiam invito venditore, ſicut invito emptore, maneat reſolutus. ℞. Negativè. *l. 3. ff. h. t. Nam legem commiſſoriam, quæ in Venditionibus adjicitur, ſi volet NB. Venditor exercebit, non etiam invitus.* Ratio eſt, quia pactum legis commiſſoriæ in favorem Venditoris adjectum eſt, & ad urgendum emptorem, ut ſolutionem maturet. atqui favori ſuo poteſt quis renuntiare. Præterea abſurdum eſſet, in poteſtate emptoris eſſe, poſſe ſimpliciter, etiam invito venditore reddere contractum nullum. Quare, ſi velit venditor, non obſtante pacti violatione per emptorem factâ, poteſt emptorem cogere ad ſolvendum pretium.

Objicies. Venditor ipſe legem tulit, & pactum fecit: ergo debet legem pati; alioqnin non ſervatur paritas conditionis inter Emptorem, & Venditorem. ℞. Emptori non fieri injuriam, quia in pactum Venditori favorabile conſenſit. Neque in Venditoris poteſtate conſtituitur, facere ut contractus reſolvatur, hoc enim requirit, ut emptor pretium non ſolvat. quo ſolvente tenetur venditor ſtare contractui; ergo in hoc eſt ſufficiens paritas. Solùm ergo in poteſtate Venditoris eſt, approbare factam reſolutionem, vel favori ſuo renuntiare.

192. QUÆRITUR 3. An, lege commiſſâ, ſit in Venditoris poteſtate, non ſolùm vel eligere legem commiſſam, vel petere pretium, ſed etiam variare, hoc eſt, uno ex illis electo poſſit pœnitere, & alterum eligere: v. g. ſi elegit legem commiſſoriam, poſſit hac neglectâ petere pretium, vel econtra, petito poſt commiſſam legem pretio, poſſit neglecto pretio ad legem commiſſoriam redire. ℞. Negativè. *l.* 4. § 2. *h.* t. [Eleganter Papinianus ſcribit, ſtatim atque commiſſa lex eſt, ſtatuere venditorem debere, utrum commiſſoriam velit exercere, aut potiùs pretium petere, nec poſſe, ſi commiſſoriam elegerit, poſtea variare.] & *l. 4. C. de pactis inter empt.* [Commiſſoriæ venditionis legem exercere non poteſt, qui poſt præſtitutum pretii ſolvendi diem, non vendicationem rei eligere, ſed uſurarum pretii petitionem ſequi maluit.] Habet tamen hæc regula exceptionem in lege 8. *ff. de Collat. bon.* [Nonnunquam, inquit Papinianus, Prætor variantem non repellit, & conſilium mutantis non aſpernatur. Nempe ſi prægnans ratio, & æquitas id ſuaderet.]

193. QUÆRITUR 4. Si Emptor Venditori aliquid Arrhæ nomine dedit, & deinde legem committat, an etiam Arrham amittat. ℞. Affirmativè. *l. 6. ff. h. t.* [De lege commiſſoria interrogatus ità reſpondit: ſi per emptorem factum ſit, quominus legi pareretur, & eâ lege Venditor velit fundos inemptos fore, & id quod arrhæ vel alio nomine datum eſſet, apud venditorem remanſurum.] Ratio eſt, quia eâ intentione videtur arrha data fuiſſe, ut Emptor magis urgeretur ad fidem ſervandam, & pretium ſuo tempore ſolvendum. Quod procedit, etiamſi pretii nomine aliquid dediſſet. Quo tamen caſu æquitas poſtulat, ut ſaltèm tunc fructus perceptos non teneatur emptor reſtituere; quam æquitatem agnovit Neratius in lege 4 §. 1. *h. t.* [Sed quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus lucretur emptor, cùm pretium quod numeravit, perdidit. Igitur ſententia Neratii tunc habet locum, quæ eſt humana, quando Emptor aliquam partem pretii dedit.] Pro Coronide addendum, quod lex non committatur, ſi Emptor paratus fuit ſolvere, ſed non potuit, v. g. ob abſentiam Venditoris, atg. *l. 6. h. t.* ſuprà relatæ.

Et hæc de Lege Commiſſoria, quatenus in Contractu Emptionis locum habet, & à Iure approbatur. Quòd autem in pignoribus reprobetur, dictum eſt ſuprà, tract. de Vſuris, & iterum dicetur in proprio loco.

CON-

CONTROVERSIA XXII.

De Reſolutione Emptionis ex Pacto Retrovendendi, & Redimendi.

SUMMARIUM.

Quibus modis ſoleat concipi pactum de retravendendo. 194.
An ad reditum dominii per retrovenditionem requiratur retratraditia. 195.
Intellectus legis 13. *ff. de pignorat. act.* 196.
Intellectus legis. 10. *ff. quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur.* 197.
An Emptor ità ſit obligatus, ad retrovendendum, ut tamen poſſit ſe liberare præſtando intereſſe. 198.
Difficilis Objectio Arnoldi Rath diſſolvitur. 198.
Quænam obſervanda ſint in pacto retrovendendi, ut careat vitio Vſuræ. 199.
Declaratur valor pacti per rationem à priori. 200.
An in hoc pacto poſſit Venditor ſibi reſervare Ius reale, vi cujus poſſet, oblato pretia, rem vindicare à ſecunda emptore, cui primus emptor vendidiſſet. 201.
An de facto in dubio præſumenda ſit hujuſmodi intentio venditoris. eod.
An Emptor poſſit ex pacto retrovendendi obligari ad vendendum minori pretio quàm quod valet. 203.
An Emptor poſſit in pacto retrovendendi in favorem venditoris adiecto, paciſci de majori pretia ſolvendo quàm ipſe ſolvit 204.
An ſi pactum de retrovendendo indefinitè conceptum eſt, ſpatio triginta annorum præſcribatur contra Ius redimendi. 205.
Intellectus legis 31. §. 2. ff. de Ædilitio Edicto. 206.
Cur Cenſûs redimibilitas non præſcribatur. eod.
Si pactum redimendi extenſum eſt ad certum definitum tempus, & venditor intra illud ſolvit partem pretii animo redimendi, an poſſet exceptione termini elapſi repelli. 207.
An duobus vendentibus cum pacta redimendi in favorem venditorum adjecto, poſſit unus ſine aliis redimere. 208.
Quid ſi unus totum pretium offerat, altero nolente redimere. eod.
An Ius redimendi poſſit alteri cedi, & ad hæredes transmitti. eod.
Si per alluvionem incrementum acceſſit ante revenditionem, ad quem pertineat. 209.
Ad quem pertineant fructus nati ante redemptionem. 210.

194. SOlet quandoque Emptionis contractui utrinque perfecto, interpoſitum eſſe pactum de retrovendendo, vel redimendo. Hoc pactum aliquando concipitur præcisè in favorem venditoris, quando nempe Emptor obligatur rem retrovendere ſuo venditori, ſive ad certum tempus, ſive indefinitè, quando ipſi libuerit. Et hic eſt communior modus. Aliquando concipitur præcisè in favorem Emptoris, nempe quo obligatur venditor rem venditam redimere, quando emptori vel intra certum tempus, vel indefinitè res empta diſplicuerit. Poteſt etiam apponi in favorem, & gravamen utriusque: nempe ut cuivis eorum ſit poteſtas diſſolvendi contractum quando placuerit.

Supponitur autem ad hujusmodi reſolutionem pacti, Contractum fuiſſe non ſolùm quoad conſenſum, ſed etiam quoad traditionem, & pretii ſolutionem utrinque abſolutum. Vnde apparet, per Retrovenditionem non reſolvi priorem contractum in eo rigore & ſermonis proprietate, qua reſolvitur ex addictione in diem, aut lege commiſſoriâ, ſed propriè loquendo eſſe novum contractum, & novam venditionem. Ratio eſt, quia pactum eò tendit, ut per retrovenditionem dominium rei venditæ in emptorem primâ venditione translatum, cedat ab emptore ad venditorem, non tanquam ab emptore qui in eum caſum devenerit, ut fingatur nunquam emptor fuiſſe, ſed tanquam à Venditore novo: ergo ſupponitur fuiſſe Dominus effectus, alioquin non obligaretur ad retrovendendum. Hinc facilè reſolvitur ſequens dubium. Itaque

195. QUÆRITUR 1. Vtrum, ſicut ad Reſolutionem contractûs, & reditum dominii ex ll. *addict. in diem. & commiſſoriâ*, non requiritur nova traditio facienda ab emptore Venditori, ità nec requiratur ad reditum per retrovenditionem. Non requiri traditionem tenent plurimi, quos refert, & ſequitur Fachineos *l.* 2. *c.* 15. nempe, quando verbis directis concipitur v. g. hoc modo. *Vendo tibi fundum* 100. *fl. hoc pacto, ut quandocunque tibi pretium reddidero, ſit inemptus.* non tamen, ſi verbis obliquis concipiatur: nempe cum Emptor ſimpliciter revendere, & reſtituere promittit. Ab hac ſententia non differt reipsâ (etſi aliter loquatur) Card. de Lugo *d.* 26. *ſ.* 13. *n.* 190. cujus doctrinam examinabo quæſ. 4.

Contraria ſententia, requirens novam traditionem, eſt communior, quam etiam ſupponit Arnoldus Rath, eámque ex paulò antè dictis deducit, quia eſt nova Venditio. In hoc ergo differt hæc retrovenditio à lege commiſſoria, & addictione in diem: nam hæ ſolæ ſunt in Iure exceptæ à regula generali, quòd dominia traditione acquirantur, & Vſucapione, non autem conventionibus ſolis. *l.* 20. *C. de Pactis. Traditionibus, & Vſucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* Confirmatur ex lege 2. *C. de pactis inter empt.* ibi non niſi perſonalis actio ex tali pacto conceditur. [Si fundum parentes tui eâ lege vendiderunt, ut ſive ipſi, ſive hæredes eorum emptori pretium quandocunque vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur, teque parato ſatisfacere conditioni dictæ

hæres emptoris non paret, ut contractûs fides ſervetur, NB. Actio præſcriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur.

Hinc ſequitur, quòd Venditori volenti redimere, antequam ei res tradatur, non competat Rei vindicatio, ſicut competit contra quemcunque poſſeſſorem, quando reſolvitur ex addictione in diem aut lege commiſſoriâ: quia ante retrotraditionem non acquirit dominium, ſicut acquirit in caſu addictionis in diem, & legis commiſſoriæ. Rei Vindicatio autem non conceditur niſi Domino. Vtrùm autem poſſit cogere Emptorem ad retrovendendum, agam quæſito ſequenti.

196. Objicit Fachineus, & ante eum Caſtrenſis, legem 13. ff. de pignor. act. ubi dicunt contrariam ſententiam apertè decidi. [Si cùm venderet creditor pignus, convenerit inter ipſum, & emptorem, ut ſi ſolverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem ſuam ſcripſit Iulianus, & eſt reſcriptum, ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adverſùs emptorem; ſed & ipſe debitor aut NB. vindicare rem poterit, aut in factum actione adverſùs emptorem agere.] P. Caſtro Palao *p. 32. n. 9.* reſpondet, ibi τὸ *licere recipere rem ſuam.* non eſſe intelligendum, quòd res jam ſit ſua, ſed quæ fuit ſua. Verùm, hæc reſponſio non tangit difficultatem. Nam adverſarii ſe fundant in aliis verbis legis, nempe in ultimis, quòd ei liceat rem vindicare. Gloſſa reſpondet, poſſe illa verba disjunctiva legi correctivè: quòd vel detur vindicatio, vel (meliùs) actio in factum. Sed hoc eſt violentum. Meliùs reſpondet Bartolus, in Reſcripto Iuliani conceſſum eſſe hoc ſpeciale privilegium Debitori, cujus pignus venditur cum tali pacto, ut oblato pretio dominium ipſo Iure redeat, ſicut rediret ex addictione in diem.

197. Objiciunt 2. Legem 10. *ff. quibus modis pig. vel hyp. ſolvitur.* [Voluntate creditoris pignus debitor vendidit, & poſtea placuit inter eum, & emptorem, ut à venditione diſcederent, Ius pignorum ſalvum erit creditori, nam ſicut debitori, ità creditori priſtinum Ius reſtituitur, neque omnimodo creditor pignus remittit, ſed ità demum, ſi emptor rem retineat, nec reddat venditori. & ideo ſi judicio quoque accepto venditor abſolutus ſit, vel quia non tradebat, in id quod intereſt, condemnatus, ſalvum fore pignus creditori dicendum eſt, hæc enim accidere potuiſſent, etiamſi non voluntate creditoris vendidiſſet.] Hoc textu utitur quidem Covarruvias, ſed Fachine⁹ eo rectiùs non utitur, quia nihil inde probatur, vel ſi quid probatur, noſtra ſententia probatur, quia expreſsè dicitur, quòd redditum ſit pignus venditori. Venditor autem non erat creditor (ut malè dicit, & ſupponit Molina, & ex eo Palao) ſed ipſe debitor, qui pignus vendiderat, & tradiderat, deinde verò per retrotraditionem ab emptione receſſum eſt... Sed Covarruvias videtur maximè ſe voluiſſe fundare in §. 1. ſequente, ſed nec inde quidquam probatur, & ad illum textum benè reſpondet Molina. textus ità habet. [Creditor quoque ſi pignus diſtraxit, & ex venditione receſſum fuerit, vel homo NB. redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. Idémque eſt in omnibus quibus conceſſum eſt, rem alienam vendere: non enim quia dominium transferunt, ideo ab emptore Ius ejus recipiunt, ſed in priſtinam cauſam res redit reſolutâ venditione.] ℞. Senſum eſſe hunc. Si creditor legitimè pignus vendat, aut alius de facultate Domini rem alienam, & partium conſenſu ab emptione recedatur, redire dominium pignoris ad debitorem, cujus erat ante eam venditionem, non verò ad creditorem; & ſimiliter dominium rei alienæ de facultate Domini venditæ redire non ad venditorem, ſed ad eum, cujus erat, & meritò, quia cujus nomine fuit venditio facta, ejus quoque nomine cenſetur reſolvi, & res in priſtinum ſtatum reſtitui.

198. QUÆRITUR 2. Utrum Emptor ità ſit obligatus ad revendendum, ut tamen poſſit ſe liberare præſtando intereſſe: quæ quæſtio eſt ſimilis illi, quam ſuprà tractavi, utrùm venditor ſit præcisè obligatus ad mercem emptori tradendam, vel an poſſit liberari præſtando intereſſe. Prima ſententia affirmat. ità aliqui apud Tiraquellum, quos ſequitur Greg. Lopez. Eandem tenet Arnoldus Rathbh. 91. Mihi tamen hæc ſententia, ſecluſâ auctoritate, improbabilis videtur, contrarium ergo tenent plures, quos refert & ſequitur Fachineus *l. 2. c. 8.* & Palao §. 2. Probatur 1. ex lege 2. *C. de pactis inter empt. & vend.* quam paulo ſuperiùs retuli totam, ubi expreſsè dicitur, dari ex pacto retrovendendi actionem præſcriptis verbis, & ex vendito. Ergo qui habet Ius redimendi, poteſt determinatè agere ad revenditionem. Probatur deinde ratione. quia Contractus eſt interpretandus ſecundùm intentionem contrahentium, & prout ipſi contrahentes veriſimiliter reſpondiſſent, ſi interrogati fuiſſent: atqui contrahentes cum pacto retrovendendi, voluerunt inducere obligationem vendendi retro determinatè, neque primus venditor voluit eſſe contentus refuſione pretii factâ ab emptore, ſed potiùs ipſe vult refundere pretium, ut mercem recipiat. Probatur 3. ſolutione fundamenti contrarii, ex qua patebit, poſſe argumentum potiùs retorqueri, & deinde noſtram ſententiam probari.

199. Sic ergo diſcurrit, & contra noſtram ſententiam urget ſæpè laudatus Arn. Rath. [Non enim, inquit n. 8. videri poteſt eadem vis & poteſtas pacti de retrovendendo, quæ venditionis: non quòd differre putemus retrovenditionem à venditione (nihil enim aliud eſt retrovenditio,

quàm

quàm ſecunda venditio) ſed quia multùm diſtat, an quis vendiderit, an pactus duntaxat ſit de vendendo. Etſi enim venditio non minùs perficiatur nudo conſenſu, quàm pactum nudum, conſenſum tamen illum & præſentem eſſe oportet, & de negotio ſtatim perficiendo, non de eo in aliud tempus conferendo, id eſt, venditionem neceſſe eſt præſenti tempore vendere, non *promittere*, ſe venditurum, emptorem emere, non paciſci ſe empturum. Separandus eſt contractus perfectus ab impleto. Perficitur emptio ſolo conſenſu, ſed non impletur niſi ſecutâ traditione. At, cùm quis obligatus eſt, ut vendat, vel retrovendat, nondum perfecta venditio eſt, imò ne quidem inchoata: cur ergo eam implere promiſſor cogatur.] Hactenus quidem ille: ſed necdum aliquid quod noſtræ ſententiæ officiat. Nam omnia hæc veriſſima ſunt, & nemo noſtrum dicit, quòd cogatur implere venditionem immediatè, ſed quòd teneatur implere pactum, & promiſſionem retrovendendi, ſicut ſponſa per ſponſalia non cogitur, nec cogi poteſt ad exhibendam copiam ſui corporis, ſed ad implenda ſponſalia, quibus promiſit matrimonium, quo deinde mediante obligatur ad copulam. Pergit deinde. [Unde nec ejus conventionis vis illa eſt, ut cogatur promiſſor rem præciſè tradere, quam nondum vendidit, cùm venditio ſit facti. nemo autem præciſè cogi poteſt ad factum, quia non poſſet illud fieri ſine vi & impreſſione, quam quia ſemper exoſam habuit legislator, illud Iure civili comparatum, ut in *faciendi* obligationibus, ſi non fiat id, quod promiſſum eſt, in locum facti ſuccedat obligatio ejus, quod intereſt. *l.* 13. §. *fin. de rei vind.*] Ità ille.

Hoc argumentum in forma ſic proponi poſſet. In obligationibus *faciendi* (ſecùs in obligationibus dandi) poteſt obligatus liberari præſtando quod intereſt alterius cui obligatur. Atqui pactum retrovendendi eſt obligatio faciendi: nam retrovenditio eſt factum, quia ipſa voluntas eſt factum. ergo, &c. Ad hoc argumentum jam alibi in ſimili reſpondi, explicando illam Regulam ſeu *maximam*. Diſtinguitur ergo major propoſitio. Quando factum promiſſum eſt illud quod à contrahente ultimò, & per ſe ac propter ſe intenditur, (v. g. ædificandi domum, laborandi in vinea, &c.) tranſeat (quod tamen aliqui probabiliter negant.) quando eſt tantummodo intentum propter ulteriorem effectum, tanquam medium ad illum obtinendum, negatur major. & diſtinguitur eodem modo minor. Pactum retrovendendi eſt obligatio facti tendentis ad aliud ultimò & propter ſe intentum, nempe propter translationem dominii per traditionem obtinendi ea retrovenditione, conceditur: eſt obligatio facti propter ſe intenti, negatur minor, & conſequentia. Breviùs Philoſophi diſtinguerent inter *Factum* intentum ut *Quod*, & factum intentum ut *Quo*. Quodſi diſcurſus adverſarii bonus eſſet, nunquam daretur obligatio *dandi*, prout diſtincta ab obligatione *faciendi*. quia obligatio dandi eſt immediatiſſima & formaliſſima obligatio *volendi* dare. voluntas autem eſt factum, ut adverſarius ait.

199. QUÆRITUR 3. Quænam obſervanda ſint in pacto retrovendendi, ut careat omni vitio uſuræ. Ratio dubitandi eſt, quia non defuêre DD. quibus viſum eſt hoc pactum ſapere uſuram, quaſi ſimuletur venditio, & reipsâ ſit contractus pignoris fructiferi, ex quo emptor percipiat fructus loco uſuræ, quod pactum reprobatur in Iure Can. *C. ad noſtram. de empt.* ut dixi agens de uſuris. Cæterùm, ſecluſis fraudibus de ſe eſſe licitum colligunt DD. ex Levit. 25. ubi omnes venditiones celebrabantur cum pacto reſtituendi accepto pretio in anno Jubilæi. Et etiam Iure Canonico approbantur Cenſus cum pacto, ut venditor poſſit redimere, & reſtituendo pretium liberare ſe ab omni onere, ut dicam in Contr: Cenſûs. Verùm ex Levit. 25. putat Lugo nihil efficaciter colligi, quia fructus interim ex poſſeſſione percepti, computandi erant in partem pretii: & quia Deus lege poſitivâ noluit poſſeſſiones eſſe alienabiles, niſi usque ad annum Iubilæi, quo adveniente redibant poſſeſſiones ad ſuos antiquos poſſeſſores absque ullo pretio: interim autem erant redimibiles, ſed computando fructus ab emptore perceptos in partem pretii. De hoc Scripturiſtæ videantur.

Ex capitulo *ad noſtram* quod in contrarium objiciebatur, potiùs probatur per argumentum à contrario ſenſu communis doctrina, quòd licitum ſit pactum de retrovendendo: ibi enim reprobatur emptio cum tali pacto, quando pretium fuit notabiliter modicum, quia tunc præſumitur palliatio uſuræ: quare ſi pretium fuit juſtum, non videtur reprobari, ſed approbari. Cæterùm, ſicut ex illo capitulo nihil probatur contra veram ſententiam, ità non ſatis probari poſſet communis ſententia, quia in caſu illius cap. non licebat redimere ante ſeptennium, nec poſt novennium: unde conſtabat, quòd fructus ſeptem annorum vellet emptor lucrari uſuratiè. Quidquid verò ſit de hoc capitulo, in quo clarum eſt, fuiſſe commiſſam uſuram, ſed non ſatis clarè dicitur, eam poſſe à pacto retrovendendi abeſſe.

200. Meliùs probatur vera ſententia ratione à priori. Quia venditori licitum eſt apponere onera venditioni, dummodo illa onera æſtimentur in partem pretii: ergo ſi ob pactum & onus retrovendendi deſcendat in pretio, nulla apparet iniquitas. Quantum autem de pretio ſit diminuendum, relinquunt Molina & Lugo judicio prudentum, conſiderato tempore quo licet redimere, nam quo longius tempus in pactum venit, eò magis diminuendum eſt pretium: & quidem ſi ſit perpetuum, putant aliqui tertiam partem juſti pretii eſſe ſubducendam: v. g. ſi res valeret 100. putant aliqui DD. apud Tiraquellum,

lum, non valiturum ultra 70. cum pacto retrovendendi. Porò, eſſe minus pretium conſtituendum, colligitur etiam ex Lev. 25. ubi jubetur, ut quò tempus Jubilæi magis eſt vicinum contractui venditionis, minoris agri vendantur, quàm quando eſt remotum: quia utique gravius eſt, obligari ad reddendum fundum poſt annum, quàm v. g. poſt 40. annos, ob minorem ſpem fructuum. Deinde colligitur hoc ipſum ex lege 79. *ff. de contrah. empt.* ubi ſupponitur fundus propterea minori pretio venditus, quia ei imponebatur onus. [Fundi partem eâ lege vendidiſti; ut emptor alteram partem, quam retinebas, annos decem certâ pecuniâ in annos ſingulos conductam habeat. Labeo & Trebatius negant, poſſe ex vendito agi, ut id quod convenerit, fiat: Ego (*Javolenus*) contra puto, ſi modò ideo fundum viliùs vendidiſti, ut hæc tibi conductio præſtaretur: nam hoc ipſum pretium fundi videretur, quòd eo pacto venditus fuerat: eóque Iure utimur.]

201. QUÆRITUR 4. An poſſet res ità vendi cum pacto retrovendend., ut venditor ſibi reſervaret Ius reale, vi cujus poſſet, oblato pretio rem vindicare ab alio ſecundo Emptore, cui primus Emptor vendidiſſet, & tradidiſſet. Non invenio hanc quæſtionem ſub his terminis diſputatam ab aliis AA. præterquam à Card. de Lugo: nam licèt multi DD. (ut quæſito 1. retuli) doceant, deſacto ſemper competere Venditori, cum pacto retrovendendi, utilem rei vindicationem etiam adversùs primum Emptorem, & quemcunque alium, hoc tamen illi Doctores conantur probare ex legibus hoc Ius concedentibus, & non deſumunt ex præſumpta voluntate contrahentium, de qua nunc eſt quæſtio. Itaque Card. de Lugo docet, in poteſtate venditoris eſſe, quo modo velit obligare emptorem, an ſolâ obligatione perſonali, ad rem ſibi reddendam reſtituto pretio, an verò etiam obligatione reali. De priore non eſt dubium, de poſteriore procedit quæſtio, & ſuam opinionem Lugo probat à paritate. Sicut enim teſtator relinquit domum hæredi affectam reali obligatione, ut alienari non poſſit, quo caſu, ſi alienetur, vindicari poteſt à Succeſſoribus propter onus reale, quo ex voluntate teſtatoris affecta erat: atqui non apparet ulla veriſimilis ratio, cur venditor ſimiliter non poſſit rem ſuam eâdem obligatione reali afficere. Ergo, &c.

Hæc doctrina loquendo de poſſibili, & præſcindendo à legibus poſitivis, ſuſtineri poteſt, & confirmari ex ſuprà dictis, ubi vidimus, quòd quando venditor ſequitur fidem emptoris, poſſit pro majori ſecuritate ſibi in re vendita retinere Ius pignoris, quod eſt utique Ius reale. Ergo ex natura rei non repugnat apponi pactum ſub conditione reſolutiva dominii, *ſi pretium fuerit oblatum.*

202. Quod verò Lugo deinde addit, in dubio ſibi magis probabile videri, præſumendam deſacto hujusmodi intentionem venditoris eſſe, non aſſentior, & cenſeo, quòd etiamſi demus, in poteſtate venditoris eſſe, ſibi reſervare Ius reale, vi cujus poſſet rem venditam à quocunque, oblato pretio, revocare, attamen ſi hoc non exprimatur in ipſa venditione, ſemper præſumendum ſit, venditionem ità factam eſſe, ut ſolum Ius perſonale ad celebrandam retrovenditionem habeat. Nam, ut quæſito 1. retuli, leges concedunt ſolam actionem perſonalem: nec placet divinatio Lugonis, quòd illæ leges concedant perſonalem actionem, ſed non propterea negent actionem realem, utpote quæ pendeat ab intentione contrahentium. Nam leges non ſolent ità præſcindere, quando communis præſumptio ſtat pro actione reali, ſed eam potiùs exprimunt, ut ex relatis legibus patet. Nec credo, quòd ſecundùm hanc opinionem unquam in foro judicaretur.

Neque Lugo rem evincit per ſuam inſtantiam de Teſtatore, volente, ut hæres fundum hæreditarium alienare non poſſit, ſed ſucceſſori tanquam fideicommiſſario relinquendum. nam hîc adeſt expreſſa & clariſſima declaratio voluntatis, quâ tribuitur fideicommiſſario Ius reale. Ergo etiam venditor deberet ſuam voluntatem reſervativam expreſsè declarare: ſicut, ad hoc ut cenſeatur reſervâſſe Ius pignoris in re vendita, debet hanc voluntatem expreſsè declarare, ut ex communi notat VVurmſerus *lib.* 3. *tit.* 24. *contr.* 18. *n.* 25.

Dices: Ergo ſaltèm ſi venditor expreſsè deſacto vellet ſibi reſervatum Ius reale in re vendita, ut oblato pretio ſtatim dominium ad ſe rediret, oblato pretio poſſet rem venditam à quocunque vindicare. Reſpondeo. hoc quidem Lugonem habere pro indubitato, & hoc ipſum videntur illi AA. ſupponere cum Covarr. contra quos diſputavi quæſito 1. & ideo illa ſententia habet ab Auctoritate magnam probabilitatem: quia videtur talis conditio habere ſe ſicut *addictio in diem*: Verius tamen eſt contrarium: quia Iura hoc non exprimunt, quando loquuntur de pacto retrovendendi, ſicut exprimunt, quando agunt de addictione in diem. Videantur dicta quæſito 1. hujus Controv. & ità poſt alios ſentiunt Harpprecht & VVurmſerus l. cit.

203. QUÆRITUR 5. An Emptor poſſit ex pacto retrovendendi obligari ad vendendum minori pretio, quàm quod valet. ℞. Negativè: quia cùm venditor per retrovenditionem accipiat rem ſine onere, iniquum eſſet, ſi pretium diminueretur infra pretium juſtum. nam ideo prior emptor minori pretio poterat emere, quia accipit cum onere retrovendendi.

204. QUÆRITUR 6. Et econtrario, an emptor poſſet in pacto retrovendendi in favorem venditoris adjecto, paciſci de majori pretio ſolvendo, quàm ipſe ſolvit. ℞. Affirmativè cum Mol. Leſſio, Lugone, dummodo non exigatur

gatur

patur ultra id quod tempore revenditionis valebit. Vnde inferunt Leſſius & Lugo, ſi rem valentem 12. emiſti pro 10. propter pactum retrovendendi, ſi deinde tempore revenditionis valeat 15. poſſe te exigere 15. Ratio eſt, quia quando eum onere revendendi emiſti pro decem, in re idem eſt, acſi ſine onere emiſſes pro 12. Ergo ſi pretium poſtea creſcat usque ad 15. poteris exigere 15. ſicut poſſes exigere, quando ſine onere emiſſes pro 12. Neque diſſentit Molina, dum fatetur, in ſcholaſtico rigore hoc eſſe verum. Contra quem tamen

Infero cum Card. de Lugo, quòd etiamſi res tempore revenditionis non ſit plus valitura, poſſit tamen Emptor licitè paciſci, ut non teneatur rem infimo pretio juſto emptam retrovendere, niſi pro pretio juſto ſummo. Ratio eſt, quia ſic non magis, ſed minùs gravat venditorem, quàm ſi nollet pro ullo pretio retrovendere, ut patet: atqui poſſet ſine ulla injuria emere rem infimo pretio, & poſtea retrovendere pretio ſummo, absque obligatione retrovendendi. Ergo poteſt absque ulla injuria ſe nolle obligare ad revendendũ pretio infimo. Neque quidquam refert, quòd hoc fiat in eodem contractu, nam ille æquivalet duobus diverſis: in quibus hoc licere fatetur Molina.

Contra dicta objici poſſet, inde ſequi, quòd iniquum eſſet pactum retrovendendi in favorem venditoris, quo obligaretur emptor retrovendere eodem, & non majore pretio, quàm quo ipſe emit. Conſequens eſt contra praxin. Sequela probatur, quia ipſe emit cum onere: ergo meritò minus pretium ſolvit. atqui revendit ſine onere: ergo iniquum eſt, non ſolvi totum quod valet. Nihilominus indubitatè reſpondendum eſt cum Lugone & Leſſio n. 115. negando ſequelam. Ad probationem reſpondetur, in tali pacto revenditionem non venire aut conſiderari, ut habet rationem Contractûs, ſed potiùs ut habet rationem diſtractûs, ſicut hoc fit in redimendis cenſibus, qui ſemper eodem pretio redimuntur. Addit tamen Leſſius & Lugo, quòd is in cujus arbitrium diſſolutio futura remittitur, ſi ſit venditor, remittat de pretio, ſi ſit Emptor, illud augeat, propter onus alteri contrahenti impoſitum.

205. QUÆRITUR 7. Si pactum de retrovendendo indefinitè conceptum, eſt nullo certo termino temporis adjecto, ſed ut in *perpetuum, ſemper* liceat redimere, utrum ſpatio 30. annorum, quibus venditor non redimit, præſcribatur contra Ius redimendi. Negant hanc præſcriptionem Ant. Gomez, quem ſequitur Molina *diſp. 274. §. quando in contractu.* Item Fachineus pluribus relatis *l. 2. c. 13.* Affirmativa tamen mihi probabilior videtur, quam pluribus etiam relatis ſequitur Covarr. Menoch. & Palao *d. 5. p. 31. §. 4. n. 2.* & Hunnius *hic q. 61.* Probatur ex Regula generali, quam tradidi *to. 1. tr. 3. de Præſcript.* Actiones perſonales præſcribuntur ſpatio 30. annorum. atqui ex pacto retrovendendi competit Venditori actio perſonalis, *ex Vendito* ſcilicet, & *Præſcriptis verbis*: ergo hæ actiones poſſunt ſpatio 30. annorum præſcriptione tolli. Nihil autem ſpeciale eſſe in actione competente ex pacto retrovendendi, patebit ſolutione objectionum.

206. Objiciunt. 1. Ex lege 31. §. 2. *ff. de Ædil. Edicto.* ex qua lege conſtat, quòd contrahentes poſſint pactum extendere in perpetuum. ibi. *Si verò convenerit ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere.* ℞. Poſſe contrahentes ità pactum extendere in perpetuum, ſed τὸ *Perpetuum* accipiendum erit in ſenſu Iuris civilis, ex quo conſtat, quòd dictio *Perpetuum* non excludat præſcriptionem longiſſimi temporis, hoc eſt 30. annorum. Vnde, & contra actiones Civiles, quæ dicuntur perpetuæ, nihilominus 30. annorum ſpatio præſcribitur. Quodſi tamen Contrahentes definitè extenderent obligationem ultra 30. annos, tunc equidem 30. annis non præſcriberetur: & hoc ſenſu intelligendæ ſunt leges, quæ dicunt poſſe à Contrahentibus obligationem extendi in infinitum: hoc eſt: quocunque termino determinato aſſignabili poſſent ulteriorem aſſignare, eo modo quo Philoſophi ſolent explicare Infinitum Syncategorematicum.

Objiciunt 2. Cum mala fide nulla currit præſcriptio: atqui Emptor ſciens obligationem retrovendendi, eſt in mala fide; ergo nunquam præſcribit. Hæc objectio in ſimili de Servitutum præſcriptione ſoluta eſt, & præterea habet inſtantiam manifeſtam in legato. Nam ſi legatarius per 30. annos negligat petere legatum, hæres adversùs illum præſcribit, & hoc cum bona fide non pugnat, quia hæres non aliter eſt obligatus ſolvere legatum, quàm ſi legatarius petierit: quodſi non petat, cenſetur Iure ſuo cedere: pari modo res in noſtro caſu procedit. Emptor non aliter eſt obligatus retrovendere venditori, quàm ſi pretium obtulerit: ergo ſi per 30. annos non offerat, ejus actio præſcribetur, ſicut aliæ actiones perpetuæ.

Objicies 3. Ergo etiam præſcriberetur 30. annis contra poteſtatem redimendi cenſum, quando is redimibilis eſt, conſequens eſt contra praxin. ℞. Negando ſequelam, & paritatem. Nam dum ſingulis annis cenſus ſolvitur, & ab emente acceptatur ſolutio, renovatur, & reſtauratur ſeu de novo approbatur, & agnoſcitur obligatio revendendi.

207. QUÆRITUR 8. Si pactum redimendi extentum eſt ad certum definitum tempus v. g. ad 10. annos, & venditor intra illud tempus partem pretii ſolvit animo redimendi, reliquum autem offert primum poſt elapſum decennium, an poſſit exceptione temporis elapſi repelli. Alii negant, alii affirmant. Conci-

liat utramque ſententiam Fachineus c. 4. Si paulò poſt tempus elapſum reſiduum pretii offeratur, neque Emptoris intereſit, fuiſſe intra decennium ſolutum, hoc eſt, mora illa exigua nihil illi præjudicii creat, tunc adhuc emptor obligabitur ad retrovendendum, ſecùs non obligabitur. Probatur ex *leg. 135. §. 2. ff. de V. O.* [Seia cavit Lucio Titio, quòd mandante eo hortos emiſſet, cùm pretium omne cum uſuris ab eo recepiſſet, ſe in eum proprietatem hortorum translaturũ. Deinde in continenti inter utrumque convenit, ut intra Calend. Apriles primas univerſam ſummam mandator numeraret, & hortos acciperet. Quæritur, cùm ante Calend. April. non omne pretium cum uſuris à Lucio Titio Seiæ ſolutem ſit, interpoſito tamen modico tempore reliquum pretium cum Vſuris Seiæ Titius ſolvere paratus fuerit, neque Seia accipere voluerit, & usque in hodiernum diem per Titium non ſtet, quo minùs reliquum ſolvat, an ſi nihilominus Lucius Titius Seiæ pecuniam univerſam ſolvere ſit paratus, ex ſtipulatu agere poſſit. Reſpondit (Scevola) poſſe, ſi non multò pôſt obtuliſſet, nec mulieris quidquam propter eam moram intereſſet. Quod omne ad judicis cognitionem remittendum eſt.]

208. QUÆRITUR 9. Vtrum duobus vendentibus cum pacto redimendi in favorem venditorum adjecto, poſſit unus ſine aliis redimere, quando hoc non eſt espreſsè deductum in pactum. ℞. Non poſſe unum redimere pro parte offerendo partem pretii: idem dicendum eſt, ſi unicus ſit venditor, quòd non poſſit cogere emptorem ad revendendum partem pro parte pretii oblata. Et in hoc omnes conveniunt, teſte Tiraquello, præter Obertum Cremonenſem, & Firmianum. Ratio eſt, quia vi pacti retrovendendi noluit ſe obligare ad hæc, ut poſſit cogi rem venditam habere comunem, (ponitur res eſſe indiviſibilis quoad utilitatem) & cum venditore in ſocietatem venire: ſæpè enim bonorum comunio eſt obnoxia diſcordiis, ut habetur *l. 77. §. 20. ff. de legatis. 2.* ibi. *cùm diſcordiis propinquorum ſedandis proſpexerit, quas materia communionis ſolet excitare.* Vnde infertur, quòd hæredes venditoris habentis Ius redimendi, nõ poſſint ſingulatim pro ſua parte, & portione hæreditatis redimere. arg. legis 78. §. 2. *ff. de contrah. emit.* [Qui fundum eâ lege emerat, ut ſolutâ pecuniâ traderetur ei poſſeſſio, duobus hæredibus relictis deceſſit: ſi unus omnem pecuniam ſolverit, partem familiæ herciscundæ judicio ſervabit: nec ſi partem ſolvat, ex empto cum venditore aget: quoniam ità contractum æs alienum dividi non potuit.]

Objici poſſet ex lege 61. §. 1. ubi dicitur. [Duobus eadem res, ſi hæredi centum dediſſent, legata eſt: ſi alter ex his quinquaginta dederit, partem legati conſequetur, & pars ejus qui non dederit, alteri cum ſua conditione accreſcit.] ℞. In hoc caſu non verti ullum præjudicium hæredis, neque illum cogi in Societatem venire cum legatario, cùm altero non ſolvente totum debeat dare ſolventi.

Quodſi autem unus venditorum totum pretium offerat, an cogi poſſit emptor ad retrovendendum, controvertitur, quando alii venditores vel alius venditor non vult redimere, vel negligit. Negant aliqui, quos refert, & ſequitur Gregorius Lopez apud Palao. Verior tamen, & communis eſt ſententia affirmans: inter quos refert Palao Paulum Caſtrenſem, ſibi contrarium: plures refert, & ſequitur Fachineus c. 2. lib. 2. & ex eo Palao. Probatur. ex lege *Fiſtulas.* paulò antè relata. ubi dicitur. *Si unus omnem pecuniam ſolverit, partem familiæ herciſcundæ judicio tenebit.* Meliùs probatur ex æquitate. Nam ſi totum pretium offeratur, nullam habet cauſam tergiverſandi, quia ipſius non intereſt, utrum pretium ab uno an à duobus offeratur: dummodo ei caveatur, ut liberatus ſit ab altero venditore, qui etiam habebat Ius redimendi.

Objiciunt 1. Non licet uni præoccupare Ius alterius. atqui hoc fieret in tali caſu; nam alteri non ampliùs ſupereſſet locus ad redimendum. ℞. Negando minorem. Eſt enim in ejus poteſtate, offerendo partem pretii venire in ſocietatem cum redimente, vel ſi hoc nolit, totum illi relinquere: & ſic nihil illi præjudicatur.

Objiciunt 2. Quando quis obligatus eſt pluribus ad factum individuum, non eſt cogendus ad illud præſtandum niſi omnes conſentiant. l. 2. §. 2. ff. de V. O. *Ex his igitur ſtipulationibus ne hæredes quidem pro parte ſolvendo liberari poſſunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint.* Verùm hoc nihil ad rem: quia ſinguli hæredes obligabantur in ſolidum, quia defunctus obligabatur ad aliquid individuum.

QUÆRITUR 10. An Ius redimendi poſſit alteri cedi. Et quidem transmitti ad hæredem, habetur *l. 2. C. de pactis inter empt. & Vendit.* ſuprà relata. Hinc autem contra quosdam infertur cum comuni ſententia, poſſe etiam alteri cedi, ex Regula generali, quòd quæ poſſunt ad hæredes transmitti, poſſint etiam in alienum transferri. Hinc quia Ius retractûs non poteſt ad quemvis hæredem transmitti, ideo nec alteri cedi.

209. QUÆRITUR 11. Si per alluvionem incrementum acceſſit ante revenditionem, ad quem illud incrementum pertineat, an ad revendentem, an ad redimentem. Prima ſententia adjudicat redimenti. Secunda ſententia diſtinguit. ſi enim venditio facta eſt ad corpus (quod quando fiat ſuprà eſt explicatum) vult ad redimentem pertinere ſimul cum ipſo fundo redempto. ſi verò facta ſit ad menſuram, ad revendentem pertinere. Tertia, & communis

munis ſententia ſimpliciter adjudicat revendenti, ſeu primo emptori. Probatur 1. Incrementum rei per alluvionem pertinet ad Dominum rei: atqui emptor eſt Dominus fundi empti ante revenditionem. ergo incrementum ad illum pertinet. Probatur 2. Ad quem ſpectat damnum decrementi, ad eum debet ſpectare lucrum incrementi. atqui decrementum fundi ſpectaret ad emptorem, & ejus damno cederet, quia venditor, cùm non cogatur redimere, poteſt à redemptione abſtinere: ergo & incrementum debet ad emptorem ſpectare, etiamſi velit venditor fundum redimere. Neque venditor conqueri poteſt, quando recipit, quantum vendidit.

Objiciunt 1. Reſolntâ venditione omne commodum interea contingens ad venditorem revertitur, ut ſuperiùs dictum eſt, & habetur lege 23. §. 1. ff. de Ædil. Edict. (de quo plura inferiùs) *Iubent Ædiles reſtitui, & quod venditioni acceſſit, & ſi quas acceſſiones ipſe præſtiterit: ut uterque reſolutà emptione nihil ampliùs conſequatur, quàm non haberet, ſi venditio facta non eſſet.* ℞. Hoc verum eſſe, quando eſt propriè dicta reſolutio, ità ut perinde ſit acſi venditio nulla fuiſſet: talis autem non eſt, quæ fit per revenditionem, utpote quæ non facit, rem antè emptam non fuiſſe; ut jam ſuprà ſufficienter declaratum eſt: & patet ex eo, quia ut dicetur ſtatim, fructus interea percepti non reſtituuntur, qui tamen reſtituuntur, quando eſt propriè dicta reſolutio.

Objiciunt 2. Quæ pignori accedunt, ad Dominum pignoris pertinent: quia pignus ad eum pertinet, & ideo cum pignore reſtituuntur: atqui fundus redemptus ad venditorem redimentem pertinet. ℞. Negando paritatem. nam dominium rei venditæ ſpectat quidem ad venditorem poſt redemptionem, non autem antè: pignus autem ſemper ad debitorem ſpectat, etiam antequam luatur.

210. QUÆRITUR 12. Ad quem pertineant fructus interim nati ante revenditionem. ℞. Fructus perceptos abſolutè ad emptorem pertinere ſine onere reſtituendi: pendentes tempore revenditionis ex communi ſententia reſte Fach: c. 14. dividendos eſſe pro rata parte ipſius anni. Si ergo Venditor per duas v. g. partes anni pretium fundi retinuit, & fruitus eſt, debet fructus reſpondentes emptor habere: pro tertia verò parte anni quo emptor pretium recepit, debent venditori fructus cedere. Quam ſententiam etiam ſupponit Arnoldus Rath th. 92. Et fundatur in æquitate, nec alio Iure opus eſt.

CONTROVERSIA XXIII.

De Reſolutione Emptionis ex Iure Retractûs.

SUMMARIUM.

Quid ſit Retractus. 211.
Vnde dictum ſit, & an poſt abrogationem reductum. eod.
Quænam de Retractu conſtituta ſint Iure Bavarico. 212.
Solet etiam vocari Ius Protomiſeos, Ius Congrui. 213.
Retractus Municipalis ſeu Conſuetudinarius dividitur in Gentilitium, Partialem, & Territorialem. 213.
Explicantur dictæ ſpecies. 2c4.
An conſanguineus amittat Ius retractûs, ſi ſine aliâ proteſtatione reſpondet, ſe hic & nunc non habere voluntatem emendi. 216.
Si re communi venditâ, unus conſanguineus nolit redimere, poſſit alter totam redimere, etiamſi emptor velit retinere partem, & ſtare in communione. 217.
An liceat pœnitere conſanguineo poſt factam renuntiationem. 218.
Si conſanguineus renuntiet ſuo Iuri in favorem emptoris A. & hic rem vendat Cajo, an conſanguineus poſſit ab hoc retrahere. 219.
An tacita Renuntiatio idem operetur quod expreſſa. 220.
An Ius retractûs competat conſanguineo, ſi exiſtat hæres defuncti venditoris. 221.
An conſanguineus retrahens quà hæres teneatur de evictione. eod.
Quid de Iure Bavarico, ſi conſanguineus exiſtat hæres venditoris. 222.
An locum habeat Ius Retractus, quando res immobilis commutatur cum re mobili. 223.
Quidſi venditio facta eſt à Venditore compulſo à Iudice ad vendendum. 224.
Quidſi inter contrahentes convenerit, ut ſiquis retractum attentaverit, venditio ſit nulla. 225.
An Retrahenti poſt depoſitum pretium liceat invito emptore pœnitere. 226.
An res rediens ad familiam ſit iterùm ſubjecta retractui. 227.
Ad etiam filio naturali, item exhæredato, legitimato, renuntianti ſucceſſioni, competat Ius retractûs. 228.
Quid Iuris quoad perſonas Eccleſiaſticas. 229.
An Monaſterium intuitu profeſſi nobilis conſanguinei poſſit retrahere. 230.
Quidſi per profeſſum bona ad Monaſterium pervenerunt, & Monaſterium bona vendat, an conſanguineus retrahere poſſit. eod.
Si res vendita eſt conſanguineo remotiori, an proximior poſſit retrahere. 231.
Quando venditio fuit de Iure nulla, an conſanguineus habeat Ius retrahendi. 232.
Quidſi bonum imobile detur creditori in ſolutum. ź33.

Quid Iuris circa Gabellas, quando ſit retractus. 234.
Quidſi prior Emptor ſit exemptus à ſolutione Gabellæ, an retrahens eam ſolvere teneatur. 235.
An pluribus rebus retrahibilibus venditis, debeant retrahi omnes aut nullæ. 236.

211. RETractus eſt Ius, Lege, vel Statuto, vel Conſuetudine introductum, quo conceditur alicui revocatio rerum ab alio alienatarum. Fuit hoc Jus & Conſuetudo ab Imperatoribus abrogata in lege 13. *C. de contrah. Empt.* [Dudum proximis, conſortibúsque conceſſum erat, ut extranens àb emptione removerent, neque homines ſuo arbitratu vendenda diſtraherent: ſed quia gravis hæc videtur injuria, quæ inani honeſtatis colore velatur, ut homines de rebus ſuis facere àliquid cogantur inviti, ſuperiore lege caſſatâ unusquisque ſuo arbitratu quærere, vel probare poſſit Emptorem: niſi lex ſpecialiter quasdam perſonas hoc facere prohibuerit.] Cæterùm, non in omnibus materiis fuit Ius retractûs abrogatum: remanſit enim (ut in ſuperioribus oſtenſum eſt) permiſſum Domino directo in alienatione Emphyteuſis, Fiſco in venditione Metallorum. *l. 1. C. de Metall. Habitatoribus Metrocomiæ. l. 1. C non licere, &c.* proximis agnatis in alienatione feudi antiqui, Domino directo in alienatione feudi novi, ut conſtat ex dictis tract. præc. *C. ult. de feudis.*

Dicitur Retractus (quod aliqui cum Jure Protomiſeos confundunt) à retrahendo: eò quòd is qui hoc Iure gaudet, retrahat rem alteri venditam ad ſe, vel ad familiam, aut cognationem, à qua per alienationem abierat.

Non obſtante autem lege relatâ, paſſim in omnibus Regnis & Provinciis iterum hujusmodi Ius, vel Statutis, vel Conſuetudine reductum eſt. Vnde non ex Iure communi, ſed Municipali & Conſuetudinario ejus notitia pendet. Quare ſicut alii DD. in hujus Retractûs tractatione ea referunt, quæ Provinciis & Regnis, in quibus ipſi ſcripſerunt, obſervantur, id ipſum mihi præſtandum erit, & Iuri Bavarico inſiſtendum, quod tamen à communi Germaniæ conſuetudine in aliquibus eſt diverſum.

212. Tractatur de hoc Retractu copiosè ſatis toto Titulo decimo per novendecim Articulos, quorum ſummam in compendio dabo.

Itaque Articulo 1. conſtitutum eſt, ut qui bona immobilia, ad ſe Iure proprietatis ſpectantia, vendere vult, ante omnia teneatur illud denuntiare proximo conſanguineo, aut conſanguineis uſque ad quartum gradum incluſivè, ſi quidem illi ſint intra Provinciam ſeu Bavariam, vel ſi abſentes habeant Tutores aut Curatores, vel Mandatarios intra Bavariam. Quodſi verò non ſit Dominus proprietatis, ſed tamen Ius aliquod in illo habet quod vendere vult, denuntiare debet etiam ante conſanguineos Domino directo. Quodſi cum his convenire venditor non poteſt quoad pretium, poteſt quidem validè vendere aliis, ſed obſervanda deinde erunt, quæ circa Ius Retractûs in ſequentibus articulis ſtatuuntur. Itaque

Articulo 2. Si cum prædictis, quibus denuntiandum erat, non poſſit venditor convenire, aut illi hic & nunc emere non cogitant, reſervato tamen Iure retractûs, illi non expreſſè renuntiando, poſſunt, re alteri venditâ & traditâ, intra annum uti Iure retractûs; qui annus Nobilibus, aliisque perſonis privilegiatis vendentibus (ut ſunt Principum Conſiliarii, Patritii, Doctores) incipit currere à die factæ traditionis: aliis verò à die, quo emptionis contractus eſt apud Magiſtratum inſinuatus. Si verò conſanguineis facta fuit denuntiatio contractûs cum alio concluſi, tunc conſanguineis incipit annus currere à die denuntiationis factæ, ſive facta ſit inſinuatio, vel traditio, ſive non. Quodſi à venditore intermiſſa fuit omnino denuntiatio facienda ſtatim à principio conſanguineis, tunc tempus in favorem conſanguineorum duplicatur, & eſt biennium; quo elapſo exſpirat Ius retractûs, ità ut ne quidem reſtitutioni in integrum, aut cuicunque alteri remedio aut prætenſioni locus ſit. Ità de Jure Bav. in quo id quod de biennio conſtitutum eſt, eſt ſingulare: alioquin moribus Germaniæ ignoranti tempus non currit, niſi ignorantia ſit affectata. Currit autem biennium Iure Bavarico, & eo elapſo ne quidem Minoribus per reſtitutionem ſuccurritur, propter generalitatem verborum, ut tradit Arnoldus Rath lib. 1. *de different. continuatis.* Item ſingulare eſt in hoc Iure diſcrimen factum inter Nobiles & Plebeios. nam communi Iure Germaniæ omnibus incipit currere à tempore factæ traditionis.

Art. 3. Si res vendita fuit cum pacto redimendi, idem obſervandum eſt quoad tempus retractui conceſſum: ſalvo tamen Iure redimendi. Quodſi venditio facta eſt ſub conditione ſuſpenſiva, ante eventum conditionis non incipit currere tempus, niſi res vendita jam eſſet emptori tradita, tunc enim etiam ab illo tempore locus eſt retractui. Si verò facta eſt venditio ſub conditione reſolutiva (qualia eſt addictio in diem, vel lex commiſſoria) ſtatim eſt locus retractui, ſicut in aliis perfectis venditionibus, ſalvis tamen illis conditionibus, & Iure reſolutionis.

Art. 4. Si unà cum re immobili vendantur etiam alia Iura, vel nomina, ſupellex, &c. tenetur conſanguineus volens uti retractu omnia accipere, alioquin amittit Ius retractûs.

Art. 5. Obligatur conſanguineus volens uti retractu, ut non aliâ intentione utatur, quàm in propriam utilitatem, & animo illud bonum ſibi retinendi, non iterum alteri cariùs vendendi; tenetur etiam tam ipſe, quàm Venditor, & Emptor, ſi petatur, jurare, quòd agant bonâ fide ſine dolo, fraude, pacto occulto, &c. Quodſi con-

conſanguineus ſimulatè abſterreret Emptorem, aut hac ratione extorqueret aliquid ab Emptore in hunc finem, ut v. g. ſolutâ pecuniâ abſtineret à retractu, hoc totum reſtituet, & inſuper punietur. Dominus directus verò non prohibetur bona retracta alteri locare.

Art. 6. Retrahens tenetur Emptori reſtituere ſummam, & alias expenſas neceſſarias.

Art. 7. Retrahens gaudebit iiſdem Iuribus, v. g. ſolutionis terminis, quibus extraneus Emptor gaviſus eſſet.

Art. 8. Tempore retractui conceſſo abſtineat Emptor ab ædificando, à redimendis Cenſibus, &c. à venditione, oppignoratione & hypotheca, locatione, in Emphyteuſin aut Vitalitium conceſſione, lignorum cæſione, & ſimilibus, in præjudicium retrahentis. non tamen prohibentur neceſſariæ expenſæ in rei conſervationem faciendæ, reparationes culturæ agrorum, &c. quæ omnia ſunt refundenda Emptori.

Art. 9. Incumbit Venditori, & Emptori manifeſtare retrahenti, etiam, ſi requirat, jurejurando, ſummam pretii quo res vendita eſt, aliasque conditiones adjectas: alioquin ut falſarii puniendi.

Art. 10. Proximi conſanguinei præferendi ſunt, etiamſi remotiores priùs ſe obtuliſſent: ſi ſint in pari gradu plures, ille præferendus, qui priùs ſe obtulit: ſi plures ſe ſimul obtulerunt, ſorte dirimendi ſunt, niſi unus illorum jam haberet Ius in illis bonis, qui ex cauſa communionis cæteris præferendus eſſet.

Art. 11. Conſanguinitatis gradus computandi ſunt ſecundùm Ius civile.

Art. 12. Contractus non eſt clàm celebrandus, ſub pœna quinque pro centum; & tempus curret à tempore traditionis.

Art. 13. Si quis habens Ius retractûs præſens eſt contractui, illi primò deferendum eſt, cui, ſi velit uti Iure retractûs, nihil præjudicabit præſentia. ſi nolit declarare animum, amittet Ius retractûs, factâ illi oblatione. ſi habens Ius retractûs promovit extranei emptionem, fidejubendo vel alio modo, amittit Ius retractûs, niſi ſibi proteſtando Ius ſuum reſervaverit.

Art. 14. Jus Retractûs competit Conſanguineis, cum præſcitu Domini directi, etiam in Feudis, Emphyteuſibus, Uſufructu, Vitalitiis, Precariis.

Art. 15. Ità tamen, ut Domino directo, ſeu Proprietario, in prædictis ſalvum ſit Ius ſuum retractûs, & prælationis, etiam quando contractum approbavit, v. g. ſubſcribendo: *durch die Fertigung.* exceptis feudis nobilibus (hoc eſt conceſſis ab eo, qui poteſtatem & voluntatem nobilitandi habet, germanicè *Ritterlehen*) niſi conſanguineus non eſſet capax talis emptionis, aut nollet emere, tunc enim etiam Dominus directus præferendus eſſet. In hoc art. illud ſingulare eſt, quòd Dominus directus in quibusdam Feudis, item in uſufructu retrahendo conſanguineis præferatur. quod de Iure communi non procedit, ut patet ex dictis de feudis. Quoad uſumfructum autem hoc inde colligitur, quia nulla lex illi hanc prælationem concedit: ergo obſervanda lex 14. *C. de contrah. empt. Vnumquemque ſuo arbitratu quærere vel probare Emptorem poſſe, niſi lex ſpecialiter quasdam perſonas hoc facere prohibuerit.*

Art. 16. Jus retractûs competit etiam liberis filiis, filiabus, nepotibus, neptibus, in bonis parentum, ſi pecuniam quâ emere volunt, aliunde habeant, quàm à parentibus. Quomodo autem hic articulus intelligendus, infrà declarabitur.

Art. 17. Fructus, Cenſus, Penſiones aliæque utilitates rei venditæ, ceſſæ, & collectæ à venditore ante ſolutum à retrahente pretium, ad venditorem pertineant, ſecùs ad retrahentem ſpectant: ità tamen ut emptor retrahens unà cum expenſis ſolvat etiam intereſſe pro rato ſummæ quâ res empta eſt, etiamſi nihil utilitatis aut fructuum ex re empta conſecutus eſſet.

Art. 18. Retractus non habet locum in Permutationibus, niſi pretium ſuperadditum ex altera parte ſuperaret medietatem æſtimationis boni commutati, tunc enim haberetur pro contractu emptionis.

Art. 19. Retractus non habet locum, quando bona venduntur ad inſtantiam Creditorum publicâ auctoritate & Magiſtratûs mandato. Benè tamen ſi debitori ſolùm facta eſt poteſtas vendendi, & venditio fit nomine debitoris.

213. Ex dictis conſtat. Retractum aliud non eſſe, quàm Ius retrahendi illa bona, quæ absque præſcitu vel requiſito conſenſu ejus, cui imprimis offerenda ſunt, alienata fuerunt. Solet latinè vocari etiam Ius *Protomiſeos*, vel ut alii ſcribunt, *Protimiſeos*. item Ius Congrui. Solet etiam vocari Legalis (quò revoco Municipalem ſeu Conſuetudinarium) ad diſtinctionem ejus à Conventionali, qui ex pacto, & conventione contrahentium convenit, de quo prolixè ut ſolet, agit Tiraquellus.

Retractus Municipalis ſeu Conſuetudinarius (de quo hactenus) dividitur ſeu ſubdividitur in Gentilitium, Partialem, & Territorialem. Bocerus *th.* 8. addit Cenſualem.

214. Gentilitius Retractus ille dicitur, qui proximis conſanguineis eſt conceſſus, Germanicè dicitur, *Erbeinſtandt*, vel *Erbloſung*.

Retractus Partialis, Germanicè, *Theilloſung*: competit Socio in re communi.

Territorialis Retractus, germanicè *Marckloſung*, competit, ſecundùm quarundam provinciarum ſtatuta, illis, qui ſunt ex territorio: vel Domino territorii, ſi quis eorum prædia ſua extraneo vendat. Hujusmodi Ius nuper prætendebat quidam Pagus Neoburgenſis, ſed in Iudicio non obtinuit: obtinuiſſet, ſi ex VVirtenber-

gico vel Heidelbergenſi territorio fuiſſet, ubi viget: non autem in Bavaria, aut Palatinatu Neoburg: De hac ſpecie Retractûs fusè agit Bocerus. Nobis hîc de ſolo Gentilitio agendum eſt.

215. Gentilitius ergo Retractus convenit ſolis conſanguineis, ut patet ex articulis relatis. non Affinibus; imò nec Vxori: ſicut nec Socero, aut Genero. quod Nicolaus Everhardus *vol. 2. conſ. 47.* extendit etiam ad eum caſum, quo uxoris cognatus, retractum in domo vendita à marito petens, verus erat conſanguineus liberorum ex venditore, & ejus uxore ſuſceptorum, quia non hoc ipſo fuit conſanguineus Mariti venditoris: aliud eſſet, ſi domus jam ad ejus liberos delata, & ab his vendita fuiſſet extraneo.

216. DUBITATUR 1. Si Venditor proximo conſanguineo denuntiavit, imò etiam pretium, & emptorem indicavit, ille verò reſpondit, ſe hîc & nunc, ſeu hac vice non habere voluntatem emendi, nullâ adjectâ proteſtatione Iuris reſervativâ, an talis amittat Ius Retractûs. Negativè reſpondet Arnoldus Rath. in theſibus *de continuat. Iuris different. th. 1. litt. D.* Rationem quare ad minimùm requiratur indicatio pretii, & emptoris, hanc dat. Nam ad hoc, ut ſecum ſtatuere poſſit, velitne emere, necne, meritò, deſiderat, & par eſt, ut ſciat tam pretii quantitatem, quàm qualitatem emptoris, cùm ea poſſit eſſe conſanguinei conditio, ut quamvis alioquin non emiſſet, tamen vel maximè propter emptorem ab initio ſtatim mallet emere, quàm poſtea magnis impenſis recuperare. Quòd autem neque tunc amittat, etiamſi intellexerit pretium, & emptorem, inde etiam benè probat. quia Renuntiationes, utpote odioſæ, & ſtricti Iuris, non facilè præſumuntur. Deinde Conſanguineus cenſetur per ejusmodi recuſationem non penitus emptionem à ſe abdicare, ſed potiùs exſpectare venditionem, & rem intra annum ſibi indultum conſiderare voluiſſe, ut interim pecunias ad id neceſſarias conquireret, quas fortè tunc non habebat, cùm fuit requiſitus. Quæ ratio procederet, etiamſi non addidiſſet verba limitantia: *Hac vice.* quæ tamen, ſi addita ſunt, rem magìs indubitatam faciunt, præſertim Iure Bavarico inſpecto, ubi ea requiri videntur, ut ſalvum ſit Ius retractûs. Nam ut retuli, ar. 2. cautum eſt, conſanguineum requiſitum tunc non amittere Ius retractûs, cùm vel planè tacuerit, vel Ius ſibi expreſsè reſervaverit. atqui dicendo ſimpliciter, & ſine reſtrictione, ſe nolle emere, nec tacet, nec Ius expreſsè reſervat: deinde ut habetur a. 13. is qui venditioni præſens fuit, per ejusmodi abſolutam recuſationem, omiſsâ reſervatione expreſsâ, privatur Iure retractûs. Cæterùm, prædictus Author his non obſtantibus, putat Reſponſionem adhuc etiam hoc Iure procedere: quia, inquit, præterquam quòd ſtatuta ſint ſtricti Iuris, & ità accipienda ſint, ut Iuri communi minimè derogent: prætereà hæc explicatio ex ipſis articuli 2. verbis eruitur, ubi dicitur: *ſi conſanguinei tunc nolint contractum inire.* etenim de eo qui reſpondet, ſe emere nolle: utique verè affirmari poteſt, quòd nolit contractum inire. per quod tamen renuntiatio retractûs non inducitur. Nec, inquit, captandum eſt verbum illud: *Tunc: Damahlen.* quia illud verbum non fuit conſanguinei reſpondentis (quaſi ipſe eo uſus recuſationem ſuam ad tempus præſens reſtrinxiſſet) ſed legis ſive ſtatuti loquentis, & per hoc inſinuantis, quòd licèt *Tunc*, hoc eſt tempore requiſitionis, noluerit conſanguineus contractum inire; per hoc tamen non cenſeatur Iuri retractûs renuntiâſſe: maximè ſi verba articuli ſecundi ſequentia: *ità ut Contractus cum conſanguineo tunc non perficiatur*: expendantur, utpote quæ ei quoque conveniant, qui abſolutè, & ſimpliciter emptionem recuſavit, & conſequenter contractum non perfecit ſive concluſit. Ità ille reſpondet ad primam dubitandi rationem. Quæ reſponſio theoricè eſt optima. utrum autem ad mentem legis, ego non ſine formidine dixerim, nam in Compendio Iuris Bavarici expreſsè requiritur, ut vel taceat, vel Ius ſibi reſervet. Ad ſecundam dubitandi rationem expeditior eſt Reſponſio, non valere argumentum à conſanguineo præſente ad abſentem, & emere recuſantem: nam præſentia multùm operatur, ideoque ex ſola taciturnitate renuntiationem inducit. *ar. 13.* non item in abſente.

217. DUBITATUR 2. Si fundus vel domus vendita fuit v. g. utrique Conjugi communis, adeoque utriusque conſanguinei habeant Ius retrahendi pro dimidia parte, an inquam, in tali caſu, ſi alterutrius conjugis conſanguinei nolint uti Iure retractûs, emptor verò velit dimidiam partem retinere, alterius conjugis conſanguineus habeat Ius totam domum retrahendi; vel potiùs incidat neceſſariò in communionem cum emptore. Hoc poſterius affirmat Arn. Rath th. 6. ac proinde ſi alteruter à communione diſcedere velit, actione communi dividundo inſtitutâ vel cuique dimidiam partē pro diviſo vult eſſe attribuendam, vel ſi hoc commodè fieri nequeat, judicium adjudicationibus expediendum, hoc eſt, uni rem totam adjudicandam eſſe, ut ia in vicem alteri ad æſtimationem præſtandam condemnetur. Ratio eſt, quia per retractum non poteſt conſanguineus plus revocare, quàm quod erat conſanguinei venditoris. Exiſtimat tamen idem Auctor, Emptorem poſſe à principio cogere cognatos, ut totam rem retrahant, vel nihil. quia is non niſi totam empturus fuiſſet.

218. DUBITATUR 3. Utrùm, ſicut quando Renuntiatio facta eſt Emptori, non licet conſanguineo pœnitere, ità nec liceat pœnitere, ſi Venditore ante celebratum contractum renun-

Digitized by Google

renuntiavit. Quòd pariter non liceat pœnitere, cenſet probabilius eſſe Tiraquellus. Alii putant licere pœnitere Arnoldus Rath mediâ viâ incedit, cum diſtinctione. Si enim venditoris interſit, rem ab emptore non retrahi, v.g. ut rem ea de cauſa pluris venderet, vel quia Emptori eam non retrahendam fore promiſit, & ſic de evictione teneretur, tunc renuntiatio Venditori facta, etiam per conſequentiam emptori proderit, ſecùs, ſi nullum venditoris intereſſe verſetur, ſed fortè ex ſingulari amicitia erga emptorem, conſanguineum ad renuntiandum induxerit. Exiſtimo, quòd vix poſſit fingi caſus, quo nihil interſit venditoris, quòd retrahatur: per renuntiationem enim acquiſivit aliquod Ius non revocabile à renuntiante, & hoc Ius eſt æſtimabile: alioquin non induxiſſet ad renuntiandum: & ideo abſolutè dicendum videtur, quòd renuntians, invito venditore non poſſet pœnitere.

219. DUBITATUR 3. Si v. g. Petrus conſanguineus Pauli venditoris, renuntiet ſuo Iuri in favorem Sempronii emptoris, deinde Sempronius rem emptam vendat Caio, an Petrus poſſit rem emptam retrahere à Caio. Et quidem ſi Petrus etiam eſſet conſanguineus Sempronii, omnino dicendum eſt, poſſe retrahere, quia per renuntiationē factam in favorem Sempronii, videtur renuntiâſſe ſolùm limitatè quoad venditionem primam, ſed reſervato Iure retrahendi, ſi Sempronius conſanguineus alteri vendidiſſet. Si verò Sempronius non ſit conſanguineus, ſed extraneus, eſt controverſia. Affirmat Arnoldus Rath th. 10. citans Iacobum Rebuffum, & Florianum, quos videre non potui. Mihi tamen ſententia negativa longè verior videtur, quam tenet Tiraquellus, cujus probatio hæc eſt: quia hac ratione renuntiatio facta in favorem Sempronii, parùm illi favorabilis eſſet, teneretur enim Sempronius Cajo de evictione ſi res empta ab eo retraheretur: ergo perinde eſſet, acſi renuntians ab ipſo Sempronio rem retraxiſſet contra renuntiationis tenorem. Hanc rationem non invenio ſolutam apud cit. A. Me tamen adhuc magìs movet hæc alia ratio: quia per hoc quòd Petrus renuntiaverit in favorem Sempronii, non potuit ſibi reſervare Ius retrahendi à Cajo, cui res à Sempronio, qui non eſt conſanguineus Petri, vendita eſt, nunquam enim habuit Ius retrahendi rem venditam à non conſanguineo: neque per hoc, quòd in favorem Sempronii renuntiaverit, potuit efficere, ut res cenſeatur Cajo vendita à Paulo conſanguineo, ſunt enim duo diverſiſſimi contractus. Alioquin aperietur via plurimis fraudibus, quia ſemper renuntians ad ſuum Ius extendendum dicet, ſe in favorem talis emptoris renuntiare, ut caſu quo emptor rem iterum venderet, & fortè viliori pretio, poſſet à tertio emptore retrahere, quod quidem mihi duriſſimum, & ab omnium hujusmodi contrahentium mente alienum videtur.

Objicit citatus Autor. Quoties conſenſus ratione certæ perſonæ eſt adhibitus, ceſſante eâ perſonâ reconvaleſcit Ius conſentientis. ℞. Facilè negando ſuppoſitum, quòd in noſtro caſu ceſſet illa perſona in cujus favorem conſenſus eſt adhibitus: ad hoc enim neceſſe eſſet, ut Sempronius non emeret, & tunc utique convaleſceret Ius retrahendi: non item quando uſus eſt favore, & rem emit: utique enim voluit emere rem liberam, qualem emiſſet ipſe Petrus, ſi Iure ſuo uſus eſſet.

220. DUBITATUR 4. An etiam Iure communi Germaniæ, ſicut Iure Bav: ar. 13. cit. tacita renunciatio, conſiſtens v. g. in ſubſcriptione, aut ſi tanquam teſtis aſſiſtat, vel alio modo contractum promoveat, non adjectâ proteſtatione, idem operetur quod expreſſa. ℞. Affirmativè, niſi tanquam ex officio, v. g. ut Notarius, & non ut privata perſona promoviſſet: tunc enim non cenſeretur renuntiâſſe Iuri deliberandi per annum: idem eſſet, ſi ejus præſentia requireretur ex ſtatuto v. g. ſi in contractu mulierum requireretur præſentia propinquorum: nam hoc caſu ejus præſentia & ſubſcriptio v. g. adhuc conducet ad aliquem effectū, ſcilicet ad valorem contractûs: at verò ſi ut perſona privata ſubſcriberet, aut teſtis aſſiſteret, in eum finem cenſeretur facta ſubſcriptio aut præſentia exhibita, ut res ſine periculo retractûs venderetur, niſi adjecta eſſet proteſtatio. Multò magis etiam de iure communi cenſeretur conſenſiſſe, ſi (quod Iure Bau. eſt expreſſum) emptorem ad emendum incitaſſet, aut ſuaſiſſet: alioquin de dolo teneretur, arg. *l. 9. §. 1. ff. de dolo malo.* [*Si autem mihi perſuaſeris, ut repudiem hæreditatem, quaſi minùs ſolvendo ſit, vel ut optem ſervum, quaſi melior in eâ familiâ non ſit: dico de dolo dandam ſi callidè hoc feceris.*]

221. DUBITATUR 5. An ius retractûs competat conſanguineo, quando exſtitit hæres defuncti venditoris: an inquam rem ab ipſo defuncto venditam poſſit retrahere, non obſtante quod hæres exiſtat, imò nec inventarii beneficio uſus ſit. Negativam aliquando defendit Arnoldus Rath. Sed hanc deinde in binis theſibus retractavit. cui aſſentior, & ità etiam tenent plures ab eodem relati, & adhuc plures quos refert & ſequitur Palao §. 5. *n.* 10. Et inprimis, ſpectato iure communi, probatur ſolvendo fundamentum contrarium, quo negativa videbatur efficaciter probari. Itaque

Objicies. *Hæres contra factum defuncti venire non poteſt,* tum quòd eadem perſona cum defuncto cenſeatur, tum quòd non debeat eſſe melioris conditionis quàm defunctus; tum denique quia hæres adeundo hæreditatem, cenſetur voluntatem defuncti ſuo facto approbare. Ad hoc argumentum reſpondeo, negando ſuppoſitum, quaſi contra factum defuncti veniat. Ad hoc

hoc enim requireretur, ut ipſam venditionem tanquam invalidam impugnaret, quod tamen retrahendo non facit, ſed potiùs eam validam ſupponit, & ſe in locum Emptoris ſubſtituit, non quâ hæres eſt, ſed quà conſanguineus eſt. Neque ità cenſetur una eadém, ut perſona cum defuncto, ut ſicut ille ipſe retrahere non potuiſſet, ità nec hæres conſanguineus poſſit. Certum enim eſt, quòd in ordine ad aliquos Iuris effectus conſideretur tanquam perſona diſtincta: hujusmodi caſum habemus in *ca* 8. *de in integr. reſtit.* ubi filii jubentur in integrum reſtitui contra factum patris defuncti, qui tamen ipſe non potuiſſet de Iure reſtitui in integrum, imò expreſsè ibi fit mentio Iuris rectractûs, quod filii prætendebant. Sic habet. [Conſtitutu in noſtra præſentia G. pro ſe ac fratre ſuo monſtravit, quòd eis in minore conſtitutis ætàte, ac eorum matre (cujus ſucceſſores exiſtunt) rebus humanis exemptâ, quondam G. pater ipſorum quasdam poſſeſſiones utrique communes quibuſdam vendidit, & fecit eos contractui conſentire. Quare ſupplicavit, ut vel venditionem eandem mandaremus nuntiari nullam, vel cum adhuc exiſtant intra tempus ad obtinendum beneficium in integrum reſtitutionis indultum, & intra annum & diem à tempore contractûs NB. ipſis tanquam proximioribus competeret ſuper illa portione Ius offerendi emptoribus pretium, juxta conſuetudinem approbatam, quod hactenus omiſerunt, dignaremur eis ſuper utroque per idem beneficium ſubvenire, cùm in hoc non modicum læſi noſcantur, & emptoribus portionis ejusdem, vel eorũ ſucceſſoribus pretium ſint offerre parati. Quocirca mandamus, quatenus, ſi præmiſſa inveneritis veritate ſubnixa, vel venditionem prædictam quoad partem ex ſucceſſione materna, ipſos contingentem nullam nuntiare curetis, ſi in ea debita Iuris ſolennitas eſt omiſſa: vel ſi forſitan intervenerit, & eos læſos eſſe conſtiterit, tam ſuper ea, quàm ſuper reſid a portione, dum tamen quod offerunt duxerint faciendum, auctoritate noſtrâ in integrum reſtituere ſtudeatis.] Itaque quà hæres præcisè, hoc eſt, quatenus convenit in genere cum aliis hæredibus, & tenetur ad ea, ad quæ generaliter hæres tenetur, ut ſic eſt civiliter eadem perſona cum defuncto, cum hoc autem ſtat, quòd poſſit ſimul ſpeciali titulo & formalitate gerere aliam perſonam civilem. v. g. Minorennis, conſanguinei, creditoris &c. quibus ſi quà talibus à Iure aliquid eſt conceſſum, hoc Iure uti poſſunt, etiamſi defunctus eo uti non potuiſſet, & etiamſi tale Ius exerceatur circa res aut actiones ipſius defuncti.

Hinc infertur cum eodem Auctore, quòd hæres poſſet à defuncto gravari, ut ſi hæres eſſe vellet, non retraheret, nempe ſi emptori promiſiſſet, rem non fore retractui obnoxiam. Tunc enim, cùm hæres ob hujuſmodi ſpecialem defuncti promiſſionem deberet emptorem contra quemvis retrahentem defendere, multò magis ipſe volens retrahere foret repellendus, arg. *l. 73. ff. de evictionib.* ex qua multùm illuſtrari poteſt doctrina tradita, & ſubtile reſponſum Pauli J. C. continet. [*Seia* fui dos doti dedit, eos fundos vir Titius, vivâ Seiâ ſine controverſia poſſedit: Poſt mortem deinde Seiæ Sempronia hæres Seiæ quæſtionem pro prædii proprietate facere inſtituit: quæro cùm Sempronia ipſa ſit hæres Seiæ, an jure controverſiam facere poſſit. Paulus reſpondit, jure quidem proprio, non hæreditario Semproniam quæ Seiæ hæres extitit, controverſiam fundorum facere poſſe, ſed evictis prædiis eandem Semproniam hæredem Seiæ conveniri poſſe, vel exceptione doli mali ſummoveri poſſe.]

Dices. Ergo etiam conſanguineus retrahens tenebitur quâ hæres de evictione. ℞. Nego conſequentiam, quia retractio non eſt propriè evictio, & quia nec ipſe defunctus teneretur, ſi eo vivo conſanguineus retraheret, quia retrahens ſatisfacit refundendo pretium, &c.

222. Hactenus de jure communi. In Iure Bavarico poſſet res magis dubia videri. Propter ea quæ habentur articulo 16. ſup. relato. Verùm, ibi non exprimitur conditio hæredis ſed liberorum, ut legenti patet: & ibi requiritur, ut pecuniam aliunde habeant quàm à parentibus; atqui hoc videtur ex mente legislatoris intelligendum, quando vivo venditore volunt retrahere: nempe ut caveatur fraus quæ intervenire poſſet, ſi nimirum venditore deſiderante retractum (eò quòd ipſum venditionis pœniteat) liberi ſubornarentur, qui pecuniis à venditore acceptis retrahere vellent. Quando autem ſunt hæredes, nihil planè intereſt, à quonam habeant pecunias. Itaque non eſt, cur à communi conſuetudine Jus Bavaricum in hoc puncto diverſum eſſe putetur.

223. DUBITATUR 6. An locum habeat Jus retractûs, quando res immobilis commutatur cum re mobili. Affirmat Molinæus & Tiraquellus: ob hanc ſpecioſam rationem: quia ſic facilè poſſet fraus fieri illis qui habent jus retractûs, nempe loco pretii dando aurum infectum, argentum, catenas, & ſimilia, quæ expeditè poſſent pro pecunia vendi. Putat tamen Arnoldus Rath de Jure Bavarico eſſe negandum, ob generalitatem proviſionis, quâ indiſtinctè retractus non habet locum in permutationibus, niſi res mobilis eſſet æſtimata, eò quòd æſtimatio in dubio venditionem faciat. De qua exceptione ego dubito, quia ſic facile eſſet legi fraudem facere rem mobilem æſtimando. Sicut etiam de illa, quòd nempe retractus locum haberet, ſi pro re immobili daretur res conſiſtens in pondere, numero aut menſurâ; quia ſtatutum veri ſimiliter hoc non prætermiſiſſet, cùm in aliis

ſoleat

ſoleat accuratiſſimè diſtinguere, ubi diſtinctio dubitabilis eſt.

224. DUBITATUR 7. An ſicut res, publicâ ſubhaſtatione præcedente vendita, retrahi non poteſt, ita nec venditione factâ à debitore ad vendendum compulſo à Judice. Berlichius putat eſſe patem rationem *p. 2. deciſ. 39. n. 63.* quia ejusmodi venditio, utpote facta pro ſententiæ exectione, eſt neceſſaria, & ideo non videtur retractui ſubjecta. Contrarium tenet Arnoldus Rath th. 23. cum Ant. Mangilio. Ratio eſt, quia talis venditio licèt ſit proximè neceſſaria, originaliter tamen eſt voluntaria: pro quo affert cit. A. Legem 36. §. 1. *ff. de Judiciis*, in illis verbis, (ut ipſe ponit) [cùm ſua ſponte hæres ſibi hanc obligationem contraxerit.] Verùm in textu non habetur illa vox: [Hæres.] & ideo ex toto contextu nihil ad propoſitum colligere poſſum. Æquè parùm videtur ad rem facere legis 7. §. 1. *ff. Qui ſatis dare cogantur*, ubi dicitur: [Ipſe ſibi ſatisdationis neceſſitatem impoſuit. nam addenda erant verba præcedentia. Si autem ſatisdatio voluntaria eſt, non in alium locum mittitur: neque enim meretur, qui ipſe ſibi neceſſitatem, &c.] alioquin pari modo ex his textibus probaretur, quòd venditio ſub haſtâ eſſet voluntaria, & retractui obnoxia, quia plerumque eſt etiam originaliter ex prodigalitate voluntaria. Ceterùm eſt major ratio negandi retractum in caſu ſubhaſtationis, quàm venditionis ex decreto Judicis. Nam illa ſit auctoritate publicâ & nomine ipſius Magiſtratûs, & in gratiam creditorum, ut faciliùs emptor inveniatur, ſi ſciat ſe abſque retractûs periculo emere.

225. DUBITATUR. 8. An locus ſit Retractui, ſi inter Emptorem, & Venditorem convenerit, ut ſi quisquam retractum attentaret, contractus ſit nullus. ℞. Negativè, niſi contrahentes in retractum poſtea conſentirent. Ratio eſt, quia eſt Venditio conditionalis, ſub conditione ſuſpenſiva, vel, ut putat Bocerus, ſubeſt tacitum pactum Retrovendendi.

226. DUBITATUR 9. An Retrahenti, poſt oblatum, & depoſitum pretium liceat, invito emptore, pœnitere. Affirmat Tiraquellus, & cum eo Bocerus. arg. princ. verſu donec. *Inſt. de Empt. Vend.* ubi dicitur. *Donec enim aliquid deeſt ex his, pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœna recedere.* Ergo ſi nondum fuit contractus perfectus, etiamſi pecunia fuerit depoſita animo retrahendi, licet pœnitere. Quodſi inde aliquod incommodum patitur e[illegible] ptor, id per accidens eſt.

227. DUBITATUR 10. Si res ſer[illegible] tra familiam vendita ſit, & à nemi[illegible] retr[illegible] inde verò tedeat ad venditore[illegible] rum ſit ſubjecta retractui. C[illegible] negat: ſed qui quæſtione[illegible] Hiſpani vel Luſitani. R[illegible] illa jam ſemel ſuit extra[illegible] *Chriſt. Haun.*[illegible]

go impedimentum ſemel excuſſum non poteſt recuperare. Nego conſequentiam, & do inſtantiam manifeſtam. Res Eccleſiaſtica ſemel cum debitis ſolennitatibus alienata, & ſic deinceps ſimpliciter alienabilis, ſi tamen redeat ad Eccleſiam, ſit iterum inalienabilis. Iura quæ afferunt (& videri poſſunt apud Palao §. 2. *n. 11.*) nihil prorſus ad rem faciunt, quia plus non probant, quàm quòd res poſtquam ſemel facta eſt alienabilis, poſſit ſemper poſtea alienari, quamdiù non iterum tedeat ad talem dominum, qui non poſſit alienare. ſicut res furtiva tamdiu manet furtiva, quamdiu non redierit ad ſuum Dominum, ſed ubi rediit, deſinit eſſe furtiva.

228. DUBITATUR 11. An etiam filio naturali, hoc eſt non ex legitimo matrimonio nato, item legitimato, exhæredato, renuntianti ſucceſſioni, competat Ius Retractûs. ℞. Spectato Iure Germaniæ non credo naturalibus convenire, quidquid tradant Hiſpani de ſuo Iure, apud quos ſunt in familia patris, eademque nobilitate cum patre gaudent, cujus etiam inſigniis & armis utuntur. Nam aliud obtinet in Imperio, & ideo ob contrariam rationem contrarium quoque dicendum eſt. Nam ratio concedendi retractum eſt, ne res Vendita exeat ex familia: Simile quid de feudis dictum eſt. De filio legitimato per Reſcriptum Principis, an æquali Iure gaudeat cum legitimis, & legitimatis per ſubſequens matrimonium, non video aliquid deciſum: ſed putem illi præferendum eſſe legitimum. Filio exhæredato verior, & communior ſententia hoc Ius concedit, quia competunt illi Iura ſanguinis, quale eſt Ius retractûs. Vnde idem dicendum eſt de filio qui ſucceſſioni renuntiavit, non enim per hoc renuntiavit Iuri ſanguinis, ſicut nec per hujusmodi renuntiationem amittit Ius patronatûs in ſervos, ut docet Tiraquellus, & habetur *l. 9. ff. de Iure patron. Filii hæreditate paternâ ſe abſtinentes, Ius quod in liberis habent paternis, non amittunt. Idem & in emancipato.*

229. DUBITATUR 12. Quoad perſonas Eccleſiaſticas. Et quidem quòd ipſæ retrahere poſſint, quando laicus conſanguineus vendit, conveniunt DD. & apertè colligitur ex cap. *conſtitutus.* ſuprà relato: & eſt regula, quòd Clericus utatur privilegiis quæ Iura Laicis concedunt. Quando Clericus eſt venditor & vendit laico, etiam communis ſententia concedit laico Ius re[illegible] Quia retrahens non ſubrogatur [illegible]ris ſed emptoris. Quando verò [illegible]cus, multi negant contrà eum [illegible] Ratio negandi videtur eſſe, [illegible]n eſt ſubiectus illis legibus ci[illegible] naturali libertati: atque [illegible]bertatem naturalem, [illegible]re, & emere absque

Affirman-

Affirmandum tamen eſt cum communi aliorum ſententia. Probatur ex illo generali principio, quod eſt titulus in Digeſtis: *Quod quisque Iuris in alios ſtatuerit, eodem Iure & ipſe utatur*: atqui Clericus utitur Iure Retractûs adverſus alios, ut patet ex cap. *Conſtitutus* relato: ergo æquum eſt, ut etiam retractum ipſe patiatur, quamdiu nullâ lege eximitur: ſicut cogitur emere res eodem pretio quo alii, ſi à lege taxatur, item cum periculo evictionis, & ſicut poteſt emere cum pacto retrovendendi. Prob. 2. Quia actio quæ competit ex Iure Retractûs, eſt actio aliquo modo mixta, hoc eſt, eſt actio perſonalis in rem ſcripta, ergo ipſam rem afficit, ac proinde res cum illo onere ad quemvis poſſeſſorem tranſit: ergo contra quemvis poſſeſſorem inſtitui poteſt. Vnde patet reſponſio ad fundamentum contrarium.

230. DUBITATUR 13. An Monaſterium intuitu ſui profeſſi nobilis & conſanguinei poſſit retrahere. Ratio dubitandi eſt, quia profeſſus per profeſſionem non amittit jura ſanguinis & proximitatis. Unde & Monaſterium illius intuitu (exceptis excipiendis ut alibi factum) ſuccedit hæreditario jure: ergo etiam gaudebit jure retractûs. Nihilominus negativè reſpondendum eſt. Quia natura retractûs eò tendit, ut conſanguineus in ſuam utilitatem quâ talis eſt, & quâ ex tali familia eſt, talibus bonis uſurus retrahat, nec poteſt jus retrahendi alteri cedere, qui non ſit conſanguineus. Atqui ſi Monaſterium retraheret, illa bona exirent è familia, quia etiam mortuo profeſſo manerent penes Monaſterium.

Hinc ſequitur, quòd ſi per talem profeſſum aliqua bona ad Monaſterium pervenerunt, etiamſi deinde Monaſterium illa bona vendat, non poſſit conſanguineus retrahere, ut poſt alios docet Molina *diſp*. 370. & Palao *n*. 16. §. 3. Ratio eſt, quia hoc ipſo quòd in Monaſterium translatum eſt, amiſit illam qualitatem, in qua fundatur retractus, quia non ampliùs eſt bonum conſanguinei. Quodſi tamen Monaſterium aliquod bonum emit, poſſunt conſanguinei venditoris retrahere, ob eaſdem rationes, ob quas à Clerico retrahi poſſe dixi.

231. DUBITATUR 14. Si res vendita eſt Conſanguineo remotiori, an proximiori competat jus retrahendi. Ratio dubitandi eſt, quia non eſt res extra familiam vendita. Nihilominus reſpondendum eſt cum communi ſententia affirmativè. Ratio eſt, quia proximior gaudet jure protomiſeos: quo non privatur per venditionem remotiori factam.

Imò DD. Hiſpani tam Theologi quàm Juriſtæ docent, quòd etiam quando plures ſunt æquè proximi, & uni ex illis res ſit vendita, cæteri poſſint retrahere pro ſuis æquis portionibus. Ego tamen exiſtimo hoc non procedere de jure Bavarico, ubi expreſsè cæteris præfertur ille, qui prior retrahere voluit: ergo multò magis videtur cæteros excludere, & illis præferendus eſſe, ſi ipſe ſtatim ab initio emit.

232. DUBITATUR 15. Quando venditio fuit nulla, v. g. ob defectum alicujus eſſentialiter requiſiti, an tunc conſanguineus habeat jus retrahendi. ℞. Negativè. Nam emptor non eſt dominus, ſed venditor: ergo in effectu retraheretur à venditore, quod repugnat, cùm ipſe non ſit emptor. Item in effectu cogeretur vendere, quod eſt abſurdum. Sequela patet, quia ſi prior venditio eſt nulla, retrahens non ſuccedit in locum alterius emptoris. Ergo ipſe immediatè cogeret ſibi vendi.

233. DUBITATUR. 16. An ſit locus Retractûs, ſi bonum immobile detur alteri in ſolutum ad extinguendum debitum pecuniarium. Negârunt aliqui. Sed communis & vera ſententia affirmat. Ratio eſt, quia in æſtimatione morali eſt venditio. Perinde enim eſt, ac ſi creditor numeraret pecunias tanquam pretium, & deinde illud ipſum pretium reciperet pro debito extinguendo: ergo brevi manu fit, quod alioquin per ambages inutiles fieret. Id ſanè clarè ſatis habetur in *l. 4. C. de Evictionibus*. [Si prædium ſibi pro ſoluto datum eſt, quod aliis creditoribus fuit obligatum, cauſa pignoris mutata non eſt. Igitur ſi hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam NB. hujuſmodi contractus vicem venditionis obtinet.] Ratio ulterior eſt; quia alioquin facilè fieret fraus retractui. Fingeret enim emptor, ſe dare pecuniam mutuam, & deinde acciperet prædium in ſolutum.

Hinc meritò inferunt DD. quòd etiam retrahi poſſet prædium, quod æſtimatum æſtimatione faciente venditionem daretur in dotem.

234. DUBITATUR 17. Quid juris ſit circa ſolutionem Gabellæ, quando fit retractus. Imprimis certum eſt, quòd retrahens debeat illam ſolvere quam ſolvit emptor à quo res empta retrahitur. Debet enim illi ſolvere omnes neceſſarias expenſas, qualis & Gabella fuit. Deinde dicendum eſt, quòd non teneatur ad duplicem gabellam. Quia retractus non cenſetur à priore adæquatè diſtinctus, quia ſolùm alius emptor ſubſtituitur, & cenſetur emere à conſanguineo. Quod adeo verum putat poſt alios Molina, ut etiam ſi durante tempore conceſſo retractui primus emptor ſecundo, ſecundus tertio, & ulteriùs vendidiſſet, & tunc intentaretur retractus, una tantùm Gabella ex prima venditione deberetur, quia reliquæ omnes tacitam conditionem habent, niſi retractus ſuperveniat: atqui ex contractu qui ex juris diſpoſitione reſolvitur, non debetur Gabella. Ergo.

Caſu quo autem primus emptor Gabellam non ſolviſſet, retrahens ſolvere tenetur: ſicut enim ſuccedit in rationem Emptoris, ita & in obligationem ſolvendi Gabellam.

235. Con-

235. Controverſum eſt, an ſi prior emptor eſſet ex aliquo privilegio exemptus à ſolutione Gabellæ, an, inquam, nihilominùs retrahens eam ſolvere teneatur, ſi ipſe non ſit pariter exemptus. P. Caſtro Palao n. 11. putat, valde probabile eſſe, ex tali contractu & retractu nullam Gabellam deberi. Nam in retractu non ſpectatur, an, à ſolutione Gabellæ exemptus ſit vel non ſit retrahens, ſed an primus emptor Gabellam ſolverit, necne. Tum quia retractus eſt prioris contractûs ſubrogatio: ergo eaſdem qualitates & conditiones ac prior contractus habere debet. Et licèt exemptionem à Gabella non habeat contractus quâ talis eſt, ſed quatenus à tali perſona procedit, id ſufficit, ut retractus eandem exemptionem habeat, cùm non ſit novus contractus, ſed præcedentis in diſtinctam perſonam transfuſio. Ideo námque Clericus aliúſque exemptus à Gabella retrahens ſolvere tenetur Gabellam, quam primus emptor non ſolvit, vel ſolvere obligabatur, quia loco primi emptoris ſuccedit. Ergo priore emptore exempto retrahens nullam habet obligationem ſolvendi. Ita ille.

Ego tamen probabilius exiſtimo contrarium cum Tiraquello & aliis. Aliud enim eſt, quòd retrahens non teneatur refundere Gabellam emptori, niſi quando ipſe ſolvit, (& hoc eſt verum) & aliud, quòd non teneatur eam ſolvere fiſco, eo quòd emptor non tenebatur: & hoc videtur falſum, quia privilegium exemptionis non transfertur in alium, cùm ſit perſonale. Ad inſtantiam de Clerico potiùs dicerem, quòd quando emptor eam non ſolvit fiſco, nec Clericus teneatur, ſi cæteroquin exemptus eſt.

236. DUBITATUR 18. Utrum ſi plures res retrahibiles ſunt ſimul & uno pretio venditæ, debeant vel omnes retrahi, vel nullæ. R. Cùm ſit unica venditio, debent omnes retrahi, quod etiam de Jure communi procedit: nam ſi contractus reſolvitur integrè reſolvendus eſt. Forſitan enim emptor unum ſinè aliis non emiſſet. Quod quidem videri poſſet alicui, limitandum eſſe, niſi emptor ſponte conſentiret, tunc enim nulla illi fieret injuria: verùm tunc potiùs videretur eſſe nova prorſus venditio quàm retractus. Dixi: ſi omnes res ſint retrahibiles. Nam ſi aliquæ non ſunt retrahibiles, nihil obſtat, quominus una pars ſine alia retrahatur, ut contigit in caſu capituli *conſtitutus*. Quod ſi ex partiali retractu damnum pateretur emptor, illud à retrahente reſarciendum eſſet. Cæterùm, in hac materia, cùm tota ferè pendeat ab uſu, conſuetudo maximè attendenda eſt, & Judex æquitatem præ oculis habebit.

CONTROVERSIA XXIV.

De Reſciſſione Emptionis ex Lege 2. C. de Reſcind. Vend. *hoc eſt, ob læſionem ultra dimidium juſti pretii.*

SUMMARIUM.

R*Eferetur* lex 2. C. de Reſcind. vendit. 236.

An in foro Eccleſiaſtico detur læſo infra dimidium juſti pretii actio. 237.

An detur etiam Jure civili, in caſu quo contractus celebratus eſt per procuratorem. 238.

An detur, ſi læſio infra dimidium contingat in æſtimatione dotis. 239.

An beneficium legis. 2. cit. competat etiam Emptori ultra dimidium læſo. 240.

Quomodo æſtimatio inſtituenda ſit tam pretii quàm mercis, ut intelligi poſſit an læſio excedat dimidium. 241.

Obſervatio ſingularis P. Pauli Layman. 242. *&* ſeq.

An hoc beneficium ſpectet ſolùm ad res immobiles. 244.

An beneficium dictæ legis etiam in aliis contractibus locum habeat. 245.

An in contractu Emphyteutico locum habeat. eod.

An in diviſione rerum communium. eod.

An in contractu ſtricti Juris. 246.

An hoc beneficium fuerit antiquo jure incognitum. eod.

An locum habeat in transactione. 247. *&* ſeqq.

Intellectus legis 3. C. de dolo malo. 248.

Intellectus legis 3. §. 1. ff. de Transactionibus. 249.

An locum habeat beneficium legis 2. quando filia in renuntiatione enormiter læſa eſt. 252.

Quare Renuntiatio non ſit Transactio, vel Donatio. 253.

An per renuntiationem hujus beneficii ceſſet beneficium. 254.

An careat hoc beneficio Venditor dicens ſe exceſſum donare. 255. *&* ſeq.

An ſicut Emptori, ità etiam Venditori detur proportionaliter electio, ut pro exceſſu quem accepit, ſatisfaciat, vel contractum reſcindat. 257.

Quantum debeat Emptor vel Venditor refundere læſo. 258.

Si res infra dimidium empta pereat apud Emptorem abſque culpa, an obligetur ad ſupplendum defectum pretii. 259.

Quid ſi alteri vendidit, & ab emptore juſtum pretium accepit. eod.

Si primus emptor iterum infra dimidium vendidit, & deinde non eſt ſolvendo, an venditori detur actio adverſus ultimum Emptorem. 260.

An Emptor poſſit meliorationes in re empta factas

venditori opponere, exigendo ut illas priùs ſolvat antequam rem recipiat. 261.

Si emptor eligat reſtituere rem, & reſcindere contractum, an teneatur reſtituere fructus interim perceptos, reſpondentes pretio quod eſſet refundendum, & detractis uſuris. 262.

Intellectus legis 1. C. ſi major factus alienationem factam, &c. *eod.*

An reſolvatur etiam Jus Hypothecæ, quando reſciſſo contractu reſtituit Emptor rem emptam interim hypothecæ ſubjectam. 263.

An locus ſit beneficio legi 2. C. de reſc. vend. *quando Venditio facta eſt cum decreto Judicis.* 264.

Intellectus legis 1. C. de prædijs decur. ſine decr. *eod.*

Quonam Juris remedio Venditori ultra dimidium læſo ſuccurratur, aliorum ſententiæ. 265.

Verior ſententia, competere Actionem ex Vendito. 266.

LEx ita habet. [Rem majoris pretii, ſi tu vel pater tuus minoris diſtraxerit, humanum eſt ut vel pretium te reſtituente emptoribus fundum venundatum recipias auctoritate Judicis intercedente; vel ſi emptor elegerit, quod deeſt juſto pretio, recipias. NB. Minus autem pretium eſſe videtur, ſi nec dimidia pars veri pretii ſoluta ſit.]

Circa quam Legem plures, & aliquæ difficiles quæſtiones moventur. Imprimis autem ſuprà jam actum eſt, cur leges non eodem cum rigore coërceant læſionem infra dimidium juſti pretij, nec dent actionem ad reſcindendum contractum, eſto in conſcientia maneat obligatio reducendi contractum ad æqualitatem. Ratio breviter eſt, ne lites ex tam frequenti contractu identidem moveantur, & incuria contrahentium emendetur, & major attentio excitetur, & læſi deinceps cautiùs mercari diſcant, *arg. legis 2. C. de furtis*: ubi Imperatores negotiatoribus res furtivas ementibus, ità reſcripſerunt. [Incivilem rem deſideratis, ut agnitas res furtivas non priùs reddatis, quàm pretium fuerit ſolutum à Dominis. Curate igitur cautiùs negotiari, ne non tantùm in damna hujusmodi, ſed etiam in criminis ſuſpicionem incidatis.]

236. Cæterùm, an ſaltem in foro Eccleſiaſtico detur læſo infra dimidium juſti pretii actio, affirmant plures, quos refert Tiraquellus, & ſequitur Covar. 2. *Var. reſ. c.* 4. *n.* 11. quod ſi hi AA. (ut videntur) non ſunt locuti de actione directa, ſed indirecta, quæ eſſet per viam denuntiationis, ut lædens adigeretur ad ſatisfaciendum obligationi conſcientiæ, eſt utique vera eorum ſententia: nec plus probant ex *cap.* 1. §. *ſed diverſum. de alien. feudi.* ubi dicitur, Eccleſiam non pati ultra juſtitiam aliquid fieri. Quod ſi verò ſermo ſit de actione directa, negandum eſt, eam etiam in hoc foro dari, arg. cap. Cùm dilecti 3. de emat. & vend. ibi. [& cùm ei per teſtes conſtitiſſet, quòd prædicti fratres ſylvam minus dimidio Iuſti pretii comparâſſent. & c. 6. eod. ibi [cùm conſtitiſſet nobis, Monaſterium in venditione ultra dimidiam Iuſti pretii fuiſſe deceptum: ſententiando decrevimus, ut præfati cives aut recepto pretio poſſeſſiones reſtituerent, aut ſupplerent, quantum conſtaret, legitimæ venditionis tempore juſto pretio fuiſſe.]

238. Fuerunt quidem aliqui DD. qui exiſtimârunt, in certis caſibus dari Iure Civili actionem etiam læſo infra dimidium juſti pretii, & primus caſus eſt, ſi contractus celebratus ſit per procuratorem. Verùm, communis, & vera ſententia hunc caſum non admittit, non ſolùm quia nullo Iure exceptus eſt, ſed etiam quia oppoſitum habetur ex lege 8. C. h. t. ubi non reſcinditur contractus à filio matris nomine celebratus, niſi læſio eſſet ultra dimidium: ibi. *niſi minus dimidiâ juſti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum eſſet.*

239. Alius caſus communiter à Legiſtis conceſſus, eſt, ſi læſio intra dimidium contingat in æſtimatione dotis. quem caſum volunt deducere ex variis legibus: quæ tamen leges non dicunt, dari actionem ex læſione infra dimidium, ſed dari ex læſione, ac proinde intelligi poſſunt de illa læſione de qua loquuntur Iura, quando regulam generalem ſtatuunt, nempe lege 2. cit. Præterquam quòd videantur loqui de læſione doloſa, maximè lex 6. *C. ſoluto Matrim.* ibi. *proinde ſi doloſis artibus* &c. Cæterùm, quia cauſa dotis valde favorabilis eſt, & major DD. Auctoritas favet, poteſt pro iſto caſu ſecurè pronuntiari; & ità poſt alios tenet Fachineus *l. 2. c. 29. poſt medium.* Sed nunc ad noſtram propoſitam legem veniamus.

240. QUÆRITUR ergo 1. Vtrum Beneficium legis 2. citatæ concedatur etiam Emptori, ultra dimidium Iuſti pretij læſo: nam lex ſolùm loquitur de venditore, qui v. g. rem valentem 100. vendidit 49. Negant emptori convenire Cujacius *lib. 16. obſer. 18. & lib. 23. obſ. 32.* & Anton. Faber *in tract. de Errorib. pragmat. decade 9. err. 7.* quem ſequitur Philippus Matthæi *in leg. ſeu Reg. Iuris 39. n. 34.*

DICENDUM tamen eſt cum receptiſſima aliorum tam Theologorum quàm Iuriſtarium ſententia, hoc beneficium etiam emptori convenire, ut læſus ultra dimidium Iuſti pretii (quod quomodo computandum ſit, ſtatim videbimus) poſſit contractum reſcindere, niſi venditor malit reſtituere id in quo læſus eſt emptor nimis carò emendo. Et quidem in Iure Bavarico recepta eſt *tit. 7. a. 2.* Probatur. 1. Nam ſicut tam Emptori quàm Venditori, pariter permittitur, ut ſe circumvenire poſſint infra dimidium, ità debet huic permiſſioni par terminus conſtitui. Probatur. 2. Emptor, & venditor ſunt correlativi. atqui recepti Iuris eſt, ut quod in

uno

Digitized by Google

uno correlativorum conſtitutum eſt, in altero quoque correlativo obſervetur, quando ex utraque parte eadem eſt æquitatis ratio, prout hîc eſt. Probatur. 3. Quando aliquod legis beneficium conceditur primariò meritis cauſæ, & non perſonæ, tunc ubi eſt eadem cauſa, idem beneficium conceſſum cenſetur, etiamſi Iura de unâ tantum causâ loquantur, ut habetur *l. 12. & 13. ff. de legibus.* [Non poſſunt omnes articuli ſingillatim aut legibus aut Senatusconſultis comprehendi, ſed cùm in aliqua cauſa ſententia eorum manifeſta eſt, is qui Iuriſdictioni præeſt, ad ſimilia procedere, atque ità Ius dicere debet. Nam quoties lege aliquid unum vel alterum introductum eſt, bona occaſio eſt, cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certè Iuriſdictione ſuppleri. Quin imò Arnold. Rath *th.* 113. conatur oſtendere, quòd potior ſit ratio cur beneficium detur emptori quàm venditori. Venditor enim circumventus habet quod ſibi imputet, cur tam vili pretio res ſuas vendiderit, cùm præſumatur habuiſſe notitiam valoris. arg. *l.* 15. *C. h.t.* ibi. [neque enim inanibus immorari ſinatur (actor, qui erat venditor) objectis, ut vires locorum ſibimet cauſetur ignotas, qui NB. familiaris rei ſcire vires vel merita atque emolumenta antè debuerat.] Emptori verò hoc non poteſt imputari, quia non ſcientia, ſed ignorantia in factis rebúsque alienis præſumitur. *l. fin. ff. pro ſuo.* ità ille, Sed revera hæc lex finalis non loquitur de tali caſu, ſed de caſu quo ego Iudico aliquid eſſe meum, ductus Iuſto errore ex alieno facto. In Emptione verò ſi nullum in re empta vitium ſit (nam de hoc caſu dicetur ſeq. Controv:) non video cur ignorantia pretii magis ſit tolerabilis in emptore quàm in venditore: cùm, & emptor debeat valorem rei ſcire, ne cæco modo emat.

Objicit Cujacius. 1. Æquum erat, inquit, ſubvenire venditori, qui minoris vendidit, quem plerumque neceſſitas rei familiaris compellit, vendere pretio minore, non etiam Emptori, ultro accedenti ad emptionem prædii, ſæpè fraudandi cauſâ, & plerumque ementi pretio immenſo, & immodico, affectione opportunitatis & vicinitatis, vel cæli, vel quòd illîc educatus ſit, vel parentes ſepulti, vel quòd Majorum ejus fuerit, qua cupiditate incenſus ultro projicit ſæpè ingentia, & immenſa pretia. Ità Cujacius, ſubtiliùs (ut putat VVurmſerus, quamvis ergo non videam in quo conſiſtat hæc ſubtilitas) quàm utiliùs. ℞. Falſum eſſe quod dicit Cujacius, tam in Venditore quàm in Emptore. In Venditore quidem, quia innumeri vendunt nullâ cogente neceſſitate domeſticâ, ut patet conſideranti negotiatores. In Emptore etiam falſum eſt, tum quòd plerique non emant fraudandi causâ, nec calore illo quem deſcribit, & ità nominat Cujacius, quin potiùs aliquâ indigentiâ urgente.

Objicit Cujacius. 2. Quia lex de ſolo venditore loquitur. ℞. Hoc ideo, quia reſpondet ad caſum propoſitum: ſed ex cauſa *humanitatis* adducta patet, quòd idem de Emptore dictum voluerit, ut patet ex 1. Probatione Aſſertionis. Cæterùm, dicat Cujacius, cur ob æquitatem ipſe extendat legem ad alios contractus, cùm lex tantùm de venditione loquatur?

241. QUÆRITUR 2. Quomodo æſtimatio inſtituenda ſit tam pretii quàm mercis, ut intelligi poſſit, an læſio excedat dimidium juſti pretii. Et quidem ſi Venditor læſus ſit, res eſt expedita. Æſtimata enim merce quanti tum valuerit tempore Venditionis. v. g. ponamus valuiſſe 100. ſi emptor ſolvit 50. non eſt læſus ultra dimidium juſti pretii, quia in ſolo dimidio eſt læſus. ſi verò emptor vel tantillo minus ſolviſſet ex conventione, quàm 50. læſus eſſet venditor ultra dimidium, quia nec dimidium conſecutus eſſet. Et aliqui volunt, eſſe attendendum pretium medium, ne in hoc puncto magis faveatur uni quàm alteri: quamvis reverà venditor, utpote læſus, eſſet dignior favore, & ideo probabilius eſt, quod ſi non eſſet conſecutus dimidium pretii infimi, poſſet agere ad reſcindendum contractum: & ità tenent Theologi communiter.

Quoad Emptorem eſt gravis diſſenſio inter AA. quantum nimirum debuerit ſolutum eſſe ultra juſtum pretium, ut cenſeatur læſus ultra dimidium.

Communis Theologorum, & Canoniſtarum eſt ſententia, quòd quando res empta non valet niſi 50. & emptor ſolvit 75. non ſit læſus ultra dimidium, ſi verò ſolvit paulò plus quàm 75. jam ſit læſus ultra dimidium Iuſti pretii, ut agere poſſit ad reſcindendum contractum. Ità ſentiunt innumeri, ſed maximè Hiſpani, quia ſic eſt declaratum in ipſorum lege Regia. Vid. Molina d. 349. Rebellus, Leſſius, Palao.

Civiliſtæ verò longè communiùs tenent, quòd ad hoc ut emptor ſit læſus ultra dimidium Iuſti pretii, ſi res empta valet 50. neceſſe ſit ut ſolverit aliquid ultra 100. Ità poſt alios quos refert & ſequitur Fachineus c. 16. ac quorum præcipuus anteſignanus eſt Cujacius, tenent ex RR. Corvinus in hunc tit. Cod. & Antonius Perez in eandem. Ex Theologis verò P. VVadingus *d. 7. dub.* 4. §. 4. *n.* 2. Quæ ſententia etſi primâ fronte videri poſſet iniquiſſima, eo quòd ſolvens 100. pro 50. utique duplum pretium juſtum ſolvat, & ſic non tantùm ultra dimidium, ſed usque ad totum pretium læſus ſit, accipit tamen ſuam probabilitatem ſi intelligatur, quomodo hi DD. accipiant læſionem ultra dimidium: tunc enim (inquiunt) læſus eſt emptor ultra dimidium, quando res empta non valet dimidiam partem pretii ſoluti. Sicut enim venditor accipit pretium, ità emptor accipit rem ſeu

Digitized by Google

mercem: ergo cum læſio venditoris ſpectetur in pretio, quod non accepit medium, ita læſio emptoris ſpectari debet in merce, quando non accepit mercem valentem mediam partem pretii ſoluti. ergo ut emens rem tantùm valentem 20. dicatur læſus ultra dimidium, debet ſolviſſe ultra 40. nam res empta tantùm dimidiam partem 40. adæquat. Itaque paritatem inter Venditorem, & Emptorem ſic inſtituunt, & ſtatuunt regulam generalem. Tunc eſt quis læſus ultra dimidium, ſi plus quàm duplum dedit, minùs autem quàm dimidium accepit. atqui hoc contingit in venditore, ſi mercem valentem 20. vendat novem, in emptore autem, ſi mercem valentem 20. emat v. g. 41. ergo &c. Et hæc ſententia approbata eſt in Camera Imperiali, anno 1541. ut Mynſinger teſtatur, *cent. 4. obſer. 73.*

242. Placet referre, quid in hoc puncto ſingulari acumine obſervaverit P. Paulus Layman, & qua ratione utramque ſententiam ab omni cenſura liberet. Ego (inquit Laym. *c.* 17. §. 1. *n.* 7.) arbitror, neutram ſententiam erroris condemnari poſſe, quominus ſecundùm illam in foro externo procedere liceat. Advertit deinde ad hoc confirmandum, in foro externo ad duo Iudicem attendere poſſe. Primò ad quantitatem læſionis, ſive damni, quod alter contrahentium paſſus eſt. Secundò ad publicam Iudiciorum quietem, & declinandam litium multitudinem. Quod ad primum attinet, negari non poteſt, (& hoc tribuitur communi ſententiæ Theologorum) ſi merx valeat v. g. 10. æqualem læſionem ſive damnum fore emptoris, ſi emat. 16. quale damnum eſſet venditoris, ſi vendidiſſet 4. idque non tantùm abſolutè, quia utriuſque læſio eſt ſex v. g. aureorum, ſed etiam cum ordine ad contractum reciprocum. Nam ſicuti ſex aurei, in quibus venditoris læſio conſiſtit, ſuperant partem dimidiam pretii juſti, ità viciſſim ſex aurei, in quibus emptoris læſio conſiſtit, ſuperant dimidiam partem mercis: quando merx 10. aureis æſtimatur. Accedit ad confirmationem communis ſententiæ, minùs decens eſſe, quòd Iura majorem leſionem permittant in emptore, quàm in venditore: cùm contrahentium æqualis debeat eſſe conditio, & quidem arithmetica, ſive abſoluta æqualitas. At verò ſecundùm poſteriorum Legiſtarum ſententiam duplo plus lædi poteſt emptor quàm venditor. Si enim merx valeat. 10. venditor reſtituitur, ſi læſio ejus ſuperet quinque aureos: emptor autem non reſtituitur niſi læſio ejus ſuperet 10. aureos. Et hæc pro communi ſententia.

243. Quod verò ad alterum conſiderabile attinet, (inquit Layman) ex utraque parte venditoris & Emptoris ferè æqualis accidet litium multitudo, ſi læſionem enormem definiamus ſecundùm proportionem non arithmeticam, & abſolutam, ſed Geometricam ſive reſpectivam, ſicut poſterior Legiſtarum ſententia definit, nempe læſionem enormem ex parte emptoris eſſe, ſi ultra duplum Iuſti pretii dedit: ſecundùm priorem enim ſententiam ſæpius continget læſio emptoris quàm venditoris: v. g. citiùs aliquis induceretur ut ſolvat ſedecim pro re valente 10. quàm ut accipiat 4. pro re valente 10. eſt enim in hoc major, & apparentior improportio quàm in priore, quia quatuor continentur in decem bis, & ſemi: decem verò in ſedecim non continentur bis, ut patet. Verùm quia ſicut quatuor recedunt à decem per 6. ità & decem à ſedecim, nemo non videt, quòd hæc apparens inæqualitas non variet in reipſa inæqualitatem læſionis, ſed ſolùm ſerviat, ut inconſideratus emptor faciliùs lædatur.

De Iure Bavarico res eſt deciſa tit. 7. ar. 2. ubi amplectitur ſententiam Cuiacij, & hodie communem apud Legiſtas.

Ut autem in hac ſententia etiam appareat æquitas, & aliquomodo intelligatur, quomodo obſervetur paritas inter Venditorem & Emptorem, dicendum eſt, paritatem in hoc conſiſtere, quòd ſicut Venditor tunc dicitur læſus ultra dimidium, quando non accipit dimidium illius quod dedit, ita Emptorem lædi ultra dimidium, quando non accipit dimidium illius quod dedit. Ergo ſi dedit 100. non erit læſus ultra dimidium, ſi accipiat mercem quæ valet quinquaginta. Et hac ratione cenſeo hanc ſententiam ab æquitate nihil alienam eſſe, quia licèt non faciat paritatem materialem inter Emptorem & Venditorem, ut facit oppoſita ſententia, magis tamen attendit paritatem formalem. Cùm ergo beneficium legis principaliter ſit introductum, negando actionem læſo intra dimidium, ne lites multiplicentur ex quavis læſione contrahentium, & ad eorum cautelam, & ut fatetur Layman, hæc ratio militet pro Cuiacii & communi Iuriſtarum opinione, meritò hæc in praxi obſervabitur, legisque intentioni conformior videtur, & confirmabitur n. 245.

244. QUÆRITUR 3. An hoc Beneficium ſpectet ſolùm ad res imobiles, vel etiam ad mobiles. Cuiacius diſtinguit inter res mobiles pretioſas, & viles, & ad pretioſas ſpectare concedit, non item ad viles. Communis & vera ſententia vult etiam ad viles ſpectare: quod intelligendum utique eſt, dummodo læſio eam quantitatem attingat, ut in judicium deduci mereatur. Ratio autem reſponſionis eſt, quia in omnibus rebus etiam vilibus, militat ratio æquitatis, ut enormiter læſo ſuccurratur, & quia Cuiacii fundamentum eſt, plus quàm elumbe.

Objicit Cuiacius, legem 2. in qua illud beneficium continetur, ſolùm loqui de rebus immobilibus. ℞. Cur ergo Cuiacius illud extendit ad res mobiles pretioſas? imò cur non reſtringit ad ſolum fundum? nam de ſolo fundo ibi ſermo eſt. Igitur ratio legis inſpicienda

eſt,

eſt, non materia, quæ reſcripto cauſam dedit, & proinde exempli cauſâ illius ſolius mentio facta eſt. Et benè advertendum eſt, quòd reſcriptum Imp. à principio utatur terminis generalibus. [Rem majoris pretij ſi tu vendidiſti;] unde quòd poſtea fiat mentio fundi, non reſtringit illam generalitatem: cujus plura ſuppetunt in jure exempla. v. g. in lege 1. *ff. de Evict.* generaliter dicitur, ſive tota res evincatur, ſive ejus pars, dari Emptori regreſſum adverſùs venditorem: deinde verò agri mentio ſubjicitur: & tamen apud omnes conſtat, rem mobilem non excludi.

245 QUÆRITUR 4. Utrum Beneficium dictæ legis 2. etiam in alijs contractibus locum habeat. Negat Cuiacius, Ant. Faber, quibus adhæret Hunnius Var. reſol. l. 3 tr. 7. q. 12. Communis tamen ſententia affirmat, & quidem ſine diſcrimine tam de Contractibus ſtricti juris quàm bonæ fidei, dummodo ſimilem cauſam contineant, nempe ſi quis duplo plus det quàm accipiat. Ratio eſt, quia licèt lex loquatur de venditione, non eſt tamen excogitabilis ulla ratio, cur ultra dimidium læſus in venditione mereatur beneficium reſciſſionis, & non læſus v. g. in Locatione & Conductione.

Et quidem loquendo magis in ſpecie imprimis, in Locatione & Conductione vix apparet ratio dubitandi. Nam Locatio & Conductio iiſdem juris regulis, quibus Emptio & Venditio, continetur. ut habetur *Inſt. t. de Locat. Conduct.* Hinc autem poteſt confirmari ſententia Cuiacii paulò antè explicata. Nam quando permutaretur v. gr. equus cum bove, ita ut dans equum læderetur ultra dimidium, in ſententia Cuiacii tunc dicetur læſus ultra dimidium, ſi equus plus quàm duplo excedat valorem bovis, ſive dans equum comparetur cum venditore, ſiva cum emptore. At verò in altera ſententia non poteſt ſervari hæc paritas: ſi enim dans æquum comparetur cum venditore, & equus valeat 100. bos verò 49. erit læſus ultra dimidium, ſi verò comparetur cum emptore, non requiretur ut equus valeat 100. ſed adhuc eſſet læſus ultra dimidium, ſi equus tantùm valeret 75. Cùm ergo in tali contractu non ſit major ratio comparandi cum venditore potiùs quàm cum emptore, manifeſtum eſt, quòd computatio Cuiaciana magis obſervet paritatem, quàm ſantentia oppoſita.

Major eſt difficultas, utrum etiam Emphyteutæ, vel domino ultra dimidium læſis in ipſo contractu ſuccurratur ex d. lege 2. Aliqui ſimpliciter affirmant, alij ſimpliciter negant. Fachineus in affirmativam ſententiam eſt proclivior, ut illis ſuccurratur habitâ ratione æſtimationis Iuris Emphyteutici, comparatè ad rem in emphyteuſim traditam, & conſideratis omnibus circumſtantiis, ſterilitatis, &c. Eſt enim par ratio æquitatis.

Differunt etiam DD. an locus ſit illi beneficio, quando læſio contingit in diviſione rerum communium. v. g. ſi fratres aut plures hæredes dividunt inter ſe res hæreditarias, & unus duplo plus accipiat, quàm ad alios perveniat. Et etiam communior ſententia affirmat: quia eſt inſtar emptionis, ejuſque vicem obtinere dicitur *l. 1. C. communia utriuſque judicij.* Aliud eſſet, ſi diviſionem ſorti commiſiſſent, quia tunc ſe fortunæ committunt, ut in ſimili ſuprà dictum eſt.

246 Eandem legem ejuſq; beneficium accommodari etiam læſo ex contractu ſtricti juris, tenet poſt alios plures Fachineus, ita quidem, ut ante ſolutionem competat exceptio ex dicta lege 2. ſi verò ſolvit, competat indebiti conductio. Qui enim exceptione perpetuâ tutus eſt & ſolvit per errorem, ſolutum condicere ac repetere poteſt, ut dicitur in *lege 40. ff. de condict. indebiti.* Sed videamus, quibus argumentis inducantur adverſarij, ut negent beneficium legis 2. alijs contractibus, exceptâ emptione.

Objicit ergo Hunnius. 1. Quodcunque contra rationem Iuris receptum & introductum eſt, hoc ad conſequentiam trahi non debet. *l. quod contra. ff. de R. I.* Atqui beneficium l. 2. eſt contra Ius commune introductum: nam jure communi permiſſum eſt contrahentibus, abſque ulla quantitatis determinatione ſeſe circumſcribere & circumvenire, abſque dolo tamen & fraude, ut ſuperiùs declaratum eſt: ergo in alijs contractibus non ſunt præfixi termini ſicut in emptione, de qua ſola loquitur lex 2. Miror, quòd Hunnius non etiam inferat, illi legi ſolùm locum eſſe in immobilibus, de quibus ſolis loquitur lex. Deinde pari jure alius inferet contra Hunnium, quòd lex illa ſoli venditori, non item emptori ſuccurrat. Neque multùm juvaret Hunnium, ſi diceret, emptorem & venditorem eſſe correlativa: ergo quod de uno ſtatutum eſt, etiam de altero cenſeri debet eſſe ſtatutum. Hæc enim conſequentia ſic nudè prolata eſt peſſima. Nam Pater & Filius ſunt correlativa, Maritus & Vxor ſunt correlativa, Tutor & Pupillus ſunt correlativa: an ideo quod de uno ſtatuitur, etiam de altero ſtatutum cenſetur? Si dicat Hunnius, id intelligendum eſſe, *ſi par ratio de utroque militat:* Accepto, & infero: Ergo cùm in aliis contractibus par æquitatis ratio militet, & Imperatores ſolam æquitatem præ oculis habuerint, & nihil ſpeciale in emptione, multò minùs in *Lupo* (cui tanquam conſulenti reſcripſerunt) etiam ad alios contractus extendendum eſt.

Propterea (quamvis ad argumenti ſolutionem hoc non ſit addere neceſſe) Hunnius in ſuo argumento ſupponit aliquid minùs verũ, nempe, quòd beneficium legis 2. antiquo jure fuerit incognitum, adeoque beneficium penitus novum, prout tum in diſpp. in Treuil. tum in reſol.

vat.

gico vel Heidelbergenſi territorio fuiſſet, ubi viget: non autem in Bavaria, aut Palatinatu Neoburg: De hac ſpecie Ratractûs fusè egit Boerus. Nobis hîc de ſolo Gantilitio agendum eſt.

215. Gentilitius ergo Retractus convenit ſolis conſanguineis, ut patet ex articulis relatis. non Affinibus; imò nec Vxori: ſicut nec Socero, aut Genero. quod Nicolaus Everhardus *vol.* 2, *conſ.* 47. extendit etiam ad eum caſum, quo uxoris cognatus, retractum in domo vendita à marito petens, verus erat conſanguineus liberorum ex venditore, & ejus uxore ſuſceptorum, quia non hoc ipſo fuit conſanguineus Mariti venditoris: aliud eſſet, ſi domus jam ad ejus liberos delata, & ab his vendita fuiſſet extraneo.

216. DUBITATUR 1. Si Venditor proximo conſanguineo denuntiavit, imò etiam pretium, & emptorem indicavit, ille verò reſpondit, ſe hîc & nunc, ſeu hac vice non habere voluntatem emendi, nullâ adjectâ proteſtatione Iuris reſervativâ, an talis amittat Ius Retractûs. Negativè reſpondet Arnoldus Rath. in theſibus *de continuat. Iuris differens. th.* 1. *lit. D.* Rationem quare ad minimùm requiratur indicatio pretii, & emptoris, hanc dat. Nam ad hoc, ut ſecum ſtatuere poſſit, velitne emare, necne, meritò, deſiderat, & par eſt, ut ſciat tam pretii quantitatem, quàm qualitatem emptoris, cùm ea poſſit eſſe conſanguinei conditio, ut quamvis alioquin non emiſſet, tamen vel maximè propter emptorem ab initio ſtatim mallet emere, quàm poſteà magnis impenſis recuperare. Quòd autem neque tunc amittat, etiamſi intellexerit pretium, & emptorem, inde etiam benè probat. quia Renuntiationes, utpote odioſæ, & ſtricti Iuris, non facilè præſumuntur. Deinde Conſanguineus cenſetur per ejusmodi recuſationem non penitus emptionem à ſe abdicare, ſed potiùs exſpectare venditionem, & rem intra annum ſibi indultum conſiderare voluiſſe, ut interim pecunias ad id neceſſarias conquireret, quas fortè tunc non habebat, cùm fuit requiſitus. Quæ ratio procederet, etiamſi non addidiſſet verba limitantia: *Hac vice.* quæ tamen, ſi addita ſunt, rem magìs indubitatam faciunt, præſertim Iure Bavarico inſpecto, ubi ea requiri videntur, ut ſalvum ſit Ius retractûs. Nam ut retuli, ar. 2. cautum eſt, conſanguineum requiſitum tunc non amittere Ius retractûs, cùm vel planè tacuerit, vel Ius ſibi expreſsè reſervaverit. atqui dicendo ſimpliciter, & ſine reſtrictione, ſe nolle emere, nec tacet, nec Ius expreſsè reſervat: deinde ut habetur a. 13. is qui venditioni præſens fuit, per ejusmodi abſolutam recuſationem, omiſsâ reſervatione expreſsâ, privatur Iure retractûs. Cæterùm, prædictus Author his non obſtantibus, putat Reſponſionem adhuc etiam hoc Iure procedere: quia, inquit, præterquam quòd ſtatuta ſint ſtricti Iuris, & ità accipienda ſint, ut Iuri communi minimè derogent: præterea hæc explicatio ex ipſis articuli 2. verbis eruitur, ubi dicitur: *ſi conſanguinei tunc nolint contractum inire.* etenim de eo qui reſpondet, ſe emere nolle: utique verè affirmari poteſt, quòd nolit contractum inire. per quod tamen renuntiatio retractûs non inducitur. Nec, inquit, captandum eſt verbum illud: *Tunc*: *Damahlen.* quia illud verbum non fuit conſanguinei reſpondentis (quaſi ipſe eo uſus recuſationem ſuam ad tempus præſens reſtrinxiſſet) ſed legis ſive ſtatuti loquentis, & per hoc inſinuantis, quòd licèt *Tunc*, hoc eſt tempore requiſitionis, noluerit conſanguineus contractum inire; per hoc tamen non cenſeatur Iuri retractûs renuntiâſſe: maximè ſi verba articuli ſecundi ſequentia: *ità ut Contractus cum conſanguineo tunc non perficiatur*: expendantur, utpote quæ ei quoque conveniant, qui abſolutè, & ſimpliciter emptionem recuſavit, & conſequenter contractum non perfecit ſive concluſit. Ità ille reſpondet ad primam dubitandi rationem. Quæ reſponſio theoricè eſt optima. utrum autem ad mentem legis, ego non ſine formidine dixerim, nam in Compendio Iuris Bavarici expreſsè requiritur, ut vel taceat, vel Ius ſibi reſervet. Ad ſecundam dubitandi rationem expeditior eſt Reſponſio, non valere argumentum à conſanguineo præſente ad abſentem, & emere recuſantem: nam præſentia multùm operatur, ideoque ex ſola taciturnitate renuntiationem inducit. *ar.* 13. non item in abſente.

217. DUBITATUR 2. Si fundus vel domus vendita fuit v. g. utrique Conjugi communis, adeoque utriusque conſanguinei habeant Ius retrahendi pro dimidia parte, an inquam, in tali caſu, ſi alterutrius conjugis conſanguinei nolint uti Iure retractûs, emptor verò velit dimidiam partem retinere, alterius conjugis conſanguineus habeat Ius totam domum retrahendi; vel potiùs incidat neceſſariò in communionem cum emptore. Hoc poſterius affirmat Arn. Rath th. 6. ac proinde ſi alteruter à communione diſcedere velit, actione communi dividundo inſtitutâ vel cuique dimidiam partē pro diviſo vult eſſe attribuendam, vel ſi hoc commodè fieri nequeat, judicium adjudicationibus expediendum, hoc eſt, uni rem totam adjudicandam eſſe, ut is in vicem alteri ad æſtimationem præſtandam condemnetur. Ratio eſt, quia per retractum non poteſt conſanguineus plus revocare, quàm quod erat conſanguinei venditoris. Exiſtimat tamen idem Auctor, Emptorem poſſe à principio cogere cognatos, ut totam rem retrahant, vel nihil. quia is non niſi totam empturus fuiſſet.

218. DUBITATUR 3. Utrùm, ſicut quando Renuntiatio facta eſt Emptori, non licet conſanguineo pœnitere, ità nec liceat pœnitere, ſi Venditori ante celebratum contractum

renun-

Digitized by Google

renuntiavit. Quòd pariter non liceat pœnitere, cenſet probabilius eſſe Tiraquellus. Alii putant licere pœnitere Arnoldus Rath mediâ viâ incedit, cum diſtinctione. Si enim venditoris intereſt, rem ab emptore non retrahi, v.g. ut rem ea de cauſa pluris venderet, vel quia Emptori eam non retrahendam fore promiſit, & ſic de evictione teneretur, tunc renuntiatio Venditori facta, etiam per conſequentiam emptori prodeſſit, ſecùs, ſi nullum venditoris intereſſe verſetur, ſed fortè ex ſingulari amicitia erga emptorem, conſanguineum ad renuntiandum induxerit. Exiſtimo, quòd vix poſſit fingi caſus, quo nihil interſit venditoris, quòd retrahatur: per renuntiationem enim acquiſivit aliquod Ius non revocabile à renuntiante, & hoc Ius eſt æſtimabile: alioquin non induxiſſet ad renuntiandum: & ideo abſolutè dicendum videtur, quòd renuntians, invito venditore non poſſet pœnitere.

219. DUBITATUR 3. Si v. g. Petrus conſanguineus Pauli venditoris, renuntiet ſuo Iuri in favorem Sempronii emptoris, deinde Sempronius rem emptam vendat Caio, an Petrus poſſit rem emptam retrahere à Caio. Et quidem ſi Petrus etiam eſſet conſanguineus Sempronii, omnino dicendum eſt, poſſe retrahere, quia per renuntiationē factam in favorem Sempronii, videtur renuntiâſſe ſolùm limitatè quoad venditionem primam, ſed reſervato Iure retrahendi, ſi Sempronius conſanguineus alteri vendidiſſet. Si verò Sempronius non ſit conſanguineus, ſed extraneus, eſt controverſia. Affirmat Arnoldus Rath th. 10. citans Iacobum Rebuffum, & Florianum, quos videre non potui. Mihi tamen ſententia negativa longè verior videtur, quam tenet Tiraquellus, cujus probatio hæc eſt: quia hac ratione renuntiatio facta in favorem Sempronii, parùm illi favorabilis eſſet, teneretur enim Sempronius Cajo de evictione ſi res empta ab eo retraheretur: ergo perinde eſſet, acſi renuntians ab ipſo Sempronio rem retraxiſſet contra renuntiationis tenorem. Hanc rationem non invenio ſolutam apud cit. A. Me tamen adhuc magìs movet hæc alia ratio: quia per hoc quòd Petrus renuntiaverit in favorem Sempronii, non potuit ſibi reſervare Ius retrahendi à Cajo, cui res à Sempronio, qui non eſt conſanguineus Petri, vendita eſt, nunquam enim habuit Ius retrahendi rem venditam à non conſanguineo: neque per hoc, quòd in favorem Sempronii renuntiaverit, potuit efficere, ut res cenſeatur Cajo vendita à Paulo conſanguineo, ſunt enim duo diverſiſſimi contractus. Alioquin aperietur via plurimis fraudibus, quia ſemper renuntians ad ſuum Ius extendendum diceret, ſe in favorem talis emptoris renuntiare, ut caſu quo emptor rem iterum venderet, & fortè viliori pretio, poſſet à tertio emptore retrahere, quod quidem mihi duriſſimum, & ab omnium hujuſmodi contrahentium mente alienum videtur.

Objicit citatus Autor. Quoties conſenſus ratione certæ perſonæ eſt adhibitus, ceſſante eâ perſonâ reconvaleſcit Ius conſentientis. ℞. Facilè negando ſuppoſitum, quòd in noſtro caſu ceſſet illa perſona in cujus favorem conſenſus eſt adhibitus: ad hoc enim neceſſe eſſet, ut Sempronius non emeret, & tunc utique convaleſceret Ius retrahendi: non item quando uſus eſt favore, & rem emit: utique enim voluit emere rem liberam, qualem emiſſet ipſe Petrus, ſi Iure ſuo uſus eſſet.

220. DUBITATUR 4. An etiam Iure communi Germaniæ, ſicut Iure Bavar. ar. 13. cit. tacita renunciatio, conſiſtens v. g. in ſubſcriptione, aut ſi tanquam teſtis aſſiſtat, vel alio modo contractum promoveat, non adjectâ proteſtatione, idem operetur quod expreſſa. ℞. Affirmativè, niſi tanquam ex officio, v. g. ut Notarius, & non ut privata perſona promoviſſet: tunc enim non cenſeretur renuntiâſſe Iuri deliberandi per annum: idem eſſet, ſi ejus præſentia requireretur ex ſtatuto v. g. ſi in contractu mulierum requireretur præſentia propinquorum: nam hoc caſu eius præſentia & ſubſcriptio v. g. adhuc conducet ad aliquem effectū, ſcilicet ad valorem contractûs: at verò ſi ut perſona privata ſubſcriberet, aut teſtis aſſiſteret, in eum finem cenſeretur facta ſubſcriptio aut præſentia exhibita, ut res ſine periculo retractûs venderetur, niſi adjecta eſſet proteſtatio. Multò magis etiam de iure communi cenſeretur conſenſiſſe, ſi (quod Iure Bau. eſt expreſſum) emptorem ad emendum incitaſſet, aut ſuaſiſſet: alioquin de dolo teneretur, arg. *l. 9. §. 1. ff. de dolo malo.* [*Si autem mihi perſuaſeris, ut repudiem hæreditatem, quaſi minùs ſolvendo ſit, vel ut optem ſervum, quaſi melior in eâ familiâ non ſit: dico de dolo dandam ſi callidè hoc feceris.*]

221. DUBITATUR 5. An ius retractûs competat conſanguineo, quando exſtitit hæres defuncti venditoris: an inquam rem ab ipſo defuncto venditam poſſit retrahere, non obſtante quod hæres exiſtat, imò nec inventarii beneficio uſus ſit. Negativam aliquando defendit Arnoldus Rath. Sed hanc deinde in binis theſibus retractavit. cui aſſentior, & ità etiam tenent plures ab eodem relati, & adhuc plures quos refert & ſequitur Palao *§. 5. n. 10.* Et imprimis, ſpectato iure communi, probatur ſolvendo fundamentum contrarium, quo negativa videbatur efficaciter probari. Itaque

Objicies. *Hæres contra factum defuncti venire non poteſt*, tum quòd eadem perſona cum defuncto cenſeatur, tum quòd non debeat eſſe melioris conditionis quàm defunctus; tum denique quia hæres adeundo hæreditatem, cenſetur voluntatem defuncti ſuo facto approbare. Ad hoc argumentum reſpondeo, negando ſuppoſitum, quaſi contra factum defuncti veniat. Ad hoc

Digitized by Google

hoc enim requireretur, ut ipſam venditionem tanquam invalidam impugnaret, quod tamen retrahendo non facit, ſed potiùs eam validam ſupponit, & ſe in locum Emptoris ſubſtituit, non quâ hæres eſt, ſed quà conſanguineus eſt. Neque ità cenſetur una eadém que perſona cum defuncto, ut ſicut ille ipſe retrahere non potuiſſet, ità nec hæres conſanguineus poſſit. Certum enim eſt, quòd in ordine ad aliquos Iuris effectus conſideretur tanquam perſona diſtincta: hujusmodi caſum habemus in *ca. 8. de in integr. reſtit.* ubi filii jubentur in integrum reſtitui contra factum patris defuncti, qui tamen ipſe non potuiſſet de Iure reſtitui in integrum, imò expreſsè ibi fit mentio Iuris retractûs, quod filii prætendebant. Sic habet. [Conſtitutus in noſtra præſentia G. pro ſe ac fratre ſuo monſtravit, quòd eis in minore conſtitutis ætate, ac eorum matre (cujus ſucceſſores exiſtunt) rebus humanis exemptâ, quondam G. pater ipſorum quasdam poſſeſſiones utrique communes quibuſdam vendidit, & fecit eos contractui conſentire. Quare ſupplicavit, ut vel venditionem eandem mandaremus nunciari nullam, vel cum adhuc exiſtant intra tempus ad obtinendum beneficium in integrum reſtitutionis indultum, & intra annum & diem à tempore contractûs NB. ipſis tanquam proximioribus competeret ſuper illa portione Ius offerendi emptoribus pretium, juxta conſuetudinem approbatam, quod hactenus omiſerunt, dignaremur eis ſuper utroque per idem beneficium ſubvenire, cùm in hoc non modicum læſi noſcantur, & emptoribus portionis ejusdem, vel eorũ ſucceſſoribus pretium ſint offerre parati. Quocirca mandamus, quatenus, ſi præmiſſa inveneritis veritate ſubnixa, vel venditionem prædictam quoad partem ex ſucceſſione materna, ipſos contingentem nullam nuntiare curetis, ſi in ea debita Iuris ſolennitas eſt omiſſa: vel ſi forſitan intervenerit, & eos læſos eſſe conſtiterit, tam ſuper ea, quàm ſuper tota portione, dum tamen quod offerunt duxerint faciendum, auctoritate noſtrâ in integrum reſtituere ſtudeatis.] Itaque quà hæres præcisè, hoc eſt, quatenus convenit in genere cum aliis hæredibus, & tenetur ad ea, ad quæ generaliter hæres tenetur, ut ſic eſt civiliter eadem perſona cum defuncto, cum hoc autem ſtat, quòd poſſit ſimul ſpeciali titulo & formalitate gerere aliam perſonam civilem. v. g. Minorennis, conſanguinei, creditoris &c. quibus ſi quà talibus à Iure aliquid eſt conceſſum, hoc Iure uti poſſunt, etiamſi defunctus eo uti non potuiſſet, & etiamſi tale Ius exerceatur circa res aut actiones ipſius defuncti.

Hinc infertur cum eodem Auctore, quòd hæres poſſet à defuncto gravari, ut ſi hæres eſſe vellet, non retraheret, nempe ſi emptori promiſiſſet, rem non fore retractui obnoxiam. Tunc enim, cùm hæres ob hujusmodi ſpecialem defuncti promiſſionem deberet emptorem contra quemvis retrahentem defendere, multò magis ipſe volens retrahere foret repellendus, arg. *l. 73. ff. de evictionib.* ex qua multùm illuſtrari poteſt doctrina tradita, & ſubtile reſponſum Pauli J. C. continet. [Seia fundos doti dedit, eos fundos vir Titius, vivâ Seiâ ſine controverſia poſſedit: Poſt mortem deinde Seiæ Sempronia hæres Seiæ quæſtionem pro prædii proprietate facere inſtituit: quæro cùm Sempronia ipſa ſit hæres Seiæ, an jure controverſiam facere poſſit. Paulus reſpondit, jure quidem proprio, non hæreditario Semproniam quæ Seiæ hæres extitit, controverſiam fundorum facere poſſe, ſed evictis prædiis eandem Semproniam hæredem Seiæ conveniri poſſe, vel exceptione doli mali ſummoveri poſſe.]

Dices. Ergo etiam conſanguineus retrahens tenebitur quà hæres de evictione. ℞. Nego conſequentiam, quia retractio non eſt propriè evictio, & quia nec ipſe defunctus teneretur, ſi eo vivo conſanguineus retraheret, quia retrahens ſatisfacit refundendo pretium, &c.

222. Hactenus de jure communi. In Iure Bavarico poſſet res magis dubia videri. Propter ea quæ habentur articulo 16. ſup. relato. Verùm, ibi non exprimitur conditio hæredis ſed liberorum, ut legenti patet: & ibi requiritur, ut pecuniam aliunde habeant quàm à parentibus; atqui hoc videtur ex mente legiſlatoris intelligendum, quando vivo venditore volunt retrahere: nempe ut caveatur fraus quæ intervenire poſſet, ſi nimirum venditore deſiderante retractum (eò quòd ipſum venditionis pœniteat) liberi ſubornarentur, qui pecuniis à venditore acceptis retrahere vellent. Quando autem ſunt hæredes, nihil planè intereſt, à quonam habeant pecunias. Itaque non eſt, cur à communi conſuetudine Jus Bavaricum in hoc puncto diverſum eſſe putetur.

223. DUBITATUR 6. An locum habeat Jus retractûs, quando res immobilis commutatur cum re mobili. Affirmat Molinæus & Tiraquellus: ob hanc ſpecioſam rationem: quia ſic facilè poſſet fraus fieri illis qui habent jus retractûs, nempe loco pretii dando aurum infectum, argentum, catenas, & ſimilia, quæ expeditè poſſent pro pecunia vendi. Putat tamen Arnoldus Rath de Jure Bavarico eſſe negandum, ob generalitatem proviſionis, quâ indiſtinctè retractus non habet locum in permutationibus, niſi res mobilis eſſet æſtimata, eò quòd æſtimatio in dubio venditionem faciat. De qua exceptione ergo dubito, quia ſic facile eſſet legi fraudem facere rem mobilem æſtimando. Sicut etiam de illa, quòd nempe retractus locum haberet, ſi pro re immobili daretur res conſiſtens in pondere, numero aut menſurâ; quia ſtatutum veriſimiliter hoc non prætermiſiſſet, cùm in aliis ſoleat

Digitized by Google

ſoleat accuratiſſimè diſtinguere, ubi diſtinctio dubitabilis eſt.

224. DUBITATUR 7. An ſicut res, publicâ ſubhaſtatione præcedente vendita, retrahi non poteſt, ita nec venditione factâ à debitore ad vendendum compulſo à Judice. Berlichius putat eſſe parem rationem *p. 2. decis. 39. n. 63.* quia ejusmodi venditio, utpote facta pro ſententiæ executione, eſt neceſſaria, & ideo non videtur retractui ſubjecta. Contrarium tenet Arnoldus Rath th. 23. cum Ant. Mangilio. Ratio eſt, quia talis venditio licèt ſit proximè neceſſaria, originaliter tamen eſt voluntaria: pro quo affert cit. A. Legem 36. §. 1. *ff. de Iudiciis*, in illis verbis, (ut ipſe ponit) [cùm ſua ſponte hæres ſibi hanc obligationem contraxerit.] Verùm in texru non habetur illa vox: [Hæres.] & ideo ex toto coutextu nihil ad propoſitum colligere puſſum. Æquè parùm videtur ad rem facere legis 7. §. 1. *ff. Qui ſatis dare cogantur*, ubi dicitur: [Ipſe ſibi ſatisdationis neceſſitatem impoſuit. nam addenda erant verba præcedentia. Si autem ſatisdatio voluntaria eſt, non in alium lucum mittitur: neque enim meretur, qui ipſe ſibi neceſſitatem, &c.] alioquin pari modo ex his textibus probaretur, quòd venditio ſub haſtâ eſſet voluntaria, & retractui obnoxia, quia plerumque eſt etiam originaliter ex prodigalitate voluntaria. Ceterùm eſt major ratio negandi retractum in caſu ſubhaſtationis, quàm venditionis ex decreto Judicis. Nam illa fit auctoritate publicâ & nomine ipſius Magiſtratûs, & in gratiam creditorum, ut faciliùs emptor inveniatur, ſi ſciat ſe abſque retractûs periculo emere.

225. DUBITATUR. 8. An locus ſit Retractui, ſi inter Emptorem, & Venditorem convenerit, ut ſi quisquam retractum attentaret, contractus ſit nullus. ℞. Negativè, niſi contrahentes in retractum poſtea conſentirent. Ratio eſt, quia eſt Venditio conditionalis, ſub conditione ſuſpenſiva, vel, ut putat Bocerus, ſubeſt tacitum pactum Retrovendendi.

226. DUBITATUR 9. An Retrahenti, poſt oblatum, & depoſitum pretium liceat, invito emptore, pœnitere. Affirmat Tiraquellus, & cum eo Bocerus. arg. princ. verſu donec. *Inſt. de Empt. Vend.* ubi dicitur. *Donec enim aliquid deeſt ex his, pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœna recedere.* Ergo ſi nundum fuit contractus perfectus, etiamſi pecunia fuerit depoſita animo retrahendi, licet pœnitere. Quodſi inde aliquod incommudum patitur emptor, id per accidens eſt.

227. DUBITATUR 10. Si res ſemel extra familiam vendita ſit, & à nemine retracta, deinde verò redeat ad venditorem, an iuquam, iterum ſit ſubjecta retractui. Communis ſententia negat: ſed qui quæſtionem hanc tractant ſunt Hiſpani vel Luſitani. Rationem dant: quia res illa jam ſemel fuit extra familiam conſtituta: ergo impedimentum ſemel excuſſum non poteſt recuperare. Nego conſequentiam, & do inſtantiam manifeſtam. Res Eccleſiaſtica ſemel cum debitis ſolennitatibus alienata, & ſic deinceps ſimpliciter alienabilis, ſi tamen redeat ad Eccleſiam, fit iterum inalienabilis. Iura quæ afferunt (& videri poſſunt apud Palao §. 2. *n.* 11.) nihil prorſus ad rem faciunt, quia plus non probant, quàm quòd res poſtquam ſemel facta eſt alienabilis, poſſit ſemper poſtea alienari, quamdiu non iterum redeat ad talem dominum, qui non poſſit alienare. ſicut res furtiva tamdiu manet furtiva, quamdiu non redierit ad ſuum Dominum, ſed ubi rediit, deſinit eſſe furtiva.

228. DUBITATUR 11. An etiam filio naturali, hoc eſt non ex legitimo matrimonio nato, item legitimato, exhæredato, renuntianti ſucceſſioni, competat Ius Retractûs. ℞. Spectato Iure Germaniæ non credo naturalibus convenire, quidquid tradant Hiſpani de ſuo Iure, apud quos ſunt in familia patris, eadémque nobilitate cum patre gaudent, cujus etiam inſigniis & armis utuntur. Nam aliud obtinet in Imperio, & ideo ob contrariam rationem contrarium quoque dicendum eſt. Nam ratio concedendi retractum eſt, ne res Vendita exeat ex familia. Simile quid de feudis dictum eſt. De filio legitimato per Reſcriptum Principis, an æquali Iure gaudeat cum legitimis, & legitimatis per ſubſequens matrimonium, non video aliquid deciſum: ſed putem illi præferendum eſſe legitimum. Filio exhæredato verior, & communior ſententia hoc Ius concedit, quia competunt illi Iura ſanguinis, quale eſt Ius retractûs. Vnde idem dicendum eſt de filio qui ſucceſſioni renuntiavit, non enim per hoc renuntiavit Iuri ſanguinis, ſicut nec per hujusmodi renuntiationem amittit Ius patronatûs in ſervos, ut docet Tiraquellus, & habetur *l. 9. ff. de Iure patron. Filii hæreditate paternâ ſe abſtinentes, Ius quod in libertis habent paternis, non amittunt. Idem & in emancipato.*

229. DUBITATUR 12. Quoad perſonas Eccleſiaſticas. Et quidem quòd ipſæ retrahere poſſint, quando laicus conſanguineus vendit, conveniunt DD. & apertè colligitur ex cap. *conſtitutus.* ſuprà relato: & eſt regula, quòd Clericus utatur privilegiis quæ Iura Laicis concedunt. Quando Clericus eſt venditor & vendit laico, etiam communis ſententia concedit laico Ius retractûs. Quia retrahens non ſubrogatur in locum venditoris ſed emptoris. Quando verò Emptor eſt Clericus, multi negant contra eum dari Ius retractûs. Ratio negandi videtur eſſe, quia Clericus non eſt ſubiectus illis legibus civilibus, quæ derogant naturali libertati: atque Ius retractûs eſt contra libertatem naturalem, qua licet unicuique vendere, & emere absque impedimento.

Affirmandum tamen eſt cum communi aliorum ſententia. Probatur ex illo generali principio, quod eſt titulus in Digeſtis: *Quod quisque Iuris in alios ſtatuerit, eodem Iure & ipſe utatur*: atqui Clericus utitur Iure Retractûs adverſùs alios, ut patet ex cap. *Conſtitutus* relato: ergo æquum eſt, ut etiam retractum ipſe patiatur, quamdiu nullâ lege eximitur: ſicut cogitur emere res eodem pretio quo alii, ſi à lege taxatur, item cum periculo evictionis,& ſicut poteſt emere cum pacto retrovendendi. Prob. 2. Quia actio quæ competit ex Iure Retractûs, eſt actio aliquo modo mixta, hoc eſt, eſt actio perſonalis in rem ſcripta, ergo ipſam rem afficit, ac proinde res cum illo onere ad quemvis poſſeſſorem tranſit: ergo contra quemvis poſſeſſorem inſtitui poteſt. Unde patet reſponſio ad fundamentum contrarium.

230. DUBITATUR 13. An Monaſterium intuitu ſui profeſſi nobilis & conſanguinei poſſit retrahere. Ratio dubitandi eſt, quia profeſſus per profeſſionem non amittit jura ſanguinis & proximitatis. Unde & Monaſterium illius intuitu (exceptis excipiendis ut alibi factum) ſuccedit hæreditario jure: ergo etiam gaudebit jure retractûs. Nihilominus negativè reſpondendum eſt. Quia natura retractûs eò tendit, ut conſanguineus in ſuam utilitatem quâ talis eſt,& quâ ex tali familia eſt, talibus bonis uſurus retrahat, nec poteſt jus retrahendi alteri cedere, qui non ſit conſanguineus. Atqui ſi Monaſterium retraheret, illa bona exirent è familia, quia etiam mortuo profeſſo manerent penes Monaſterium.

Hinc ſequitur, quòd ſi per talem profeſſum aliqua bona ad Monaſterium pervenerunt, etiamſi deinde Monaſterium illa bona vendat, non poſſit conſanguineus retrahere. ut poſt alios docet Molina *diſp.* 370. & Palao *n.* 16. §. 3. Ratio eſt, quia hoc ipſo quòd in Monaſterium translatum eſt, amiſit illam qualitatem, in qua fundatur retractus, quia non ampliùs eſt bonum conſanguinei. Quodſi tamen Monaſterium aliquod bonum emit, poſſunt conſanguinei venditoris retrahere, ob eaſdem rationes, ob quas à Clerico retrahi poſſe dixi.

231. DUBITATUR 14. Si res vendita eſt Conſanguineo remotiori, an proximiori competat jus retrahendi. Ratio dubitandi eſt, quia non eſt res extra familiam vendita. Nihilominus reſpondendum eſt cum communi ſententia affirmativè. Ratio eſt, quia proximior gaudet jure protomiſeos: quo non privatur per venditionem remotiori factam.

Imò DD. Hiſpani tam Theologi quàm Juriſtæ docent, quòd etiam quando plures ſunt æquè proximi,& uni ex illis res ſit vendita, cæteri poſſint retrahere pro ſuis æquis portionibus. Ego tamen exiſtimo hoc non procedere de jure Bavarico, ubi expreſsè cæteris præfertur ille, qui prior retrahere voluit: ergo multò magis videtur cæteros excludere, & illis præferendus eſſe, ſi ipſe ſtatim ab initio emit.

232. DUBITATUR 15. Quando venditio fuit nulla, v. g. ob defectum alicujus eſſentialiter requiſiti, an tunc conſanguineus habeat jus retrahendi. ℞. Negativè. Nam emptor non eſt dominus, ſed venditor: ergo in effectu retraheretur à venditore, quod repugnat, cùm ipſe non ſit emptor. Item in effectu cogeretur vendere, quod eſt abſurdum. Sequela patet, quia ſi prior venditio eſt nulla, retrahens non ſuccedit in locum alterius emptoris. Ergo ipſe immediatè cogeret ſibi vendi.

233. DUBITATUR. 16. An ſit locus Retractûs, ſi bonum immobile detur alteri in ſolutum ad extinguendum debitum pecuniarium. Negârunt aliqui. Sed communis & vera ſententia affirmat. Ratio eſt, quia in æſtimatione morali eſt venditio. Perinde enim eſt, ac ſi creditor numeraret pecunias tanquam pretium, & deinde illud ipſum pretium reciperet pro debito extinguendo: ergo brevi manu fit, quod alioquin per ambages inutiles fieret. Id ſanè clarè ſatis habetur in *l.* 4. *C. de Evictionibus.* [Si prædium ſibi pro ſoluto datum eſt, quod aliis creditoribus fuit obligatum, cauſa pignoris mutata non eſt. Igitur ſi hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam NB. hujuſmodi contractus vicem venditionis obtinet.] Ratio ulterior eſt; quia alioquin facilè fieret fraus retractui. Fingeret enim emptor, ſe dare pecuniam mutuam, & deinde acciperet prædium in ſolutum.

Hinc meritò inferunt DD. quòd etiam retrahi poſſet prædium, quod æſtimatum æſtimatione faciente venditionem daretur in dotem.

234. DUBITATUR 17. Quid juris ſit circa ſolutionem Gabellæ, quando ſit retractus. Imprimis certum eſt, quòd retrahens debeat illam ſolvere quam ſolvit emptor à quo res empta retrahitur. Debet enim illi ſolvere omnes neceſſarias expenſas, qualis & Gabella fuit. Deinde dicendum eſt, quòd non teneatur ad duplicem gabellam. Quia retractus non cenſetur à priore adæquatè diſtinctus, quia ſolùm alius emptor ſubſtituitur, & cenſetur emere à conſanguineo. Quod adeo verum putat poſt alios Molina, ut etiam ſi durante tempore conceſſo retractui primus emptor ſecundo, ſecundus tertio, & ulteriùs vendidiſſet, & tunc intentaretur retractus, una tantùm Gabella ex prima venditione deberetur, quia reliquæ omnes tacitam conditionem habent, niſi retractus ſuperveniat: atqui ex contractu qui ex juris diſpoſitione reſolvitur, non debetur Gabella. Ergo.

Caſu quo autem primus emptor Gabellam non ſolviſſet, retrahens ſolvere tenetur: ſicut enim ſuccedit in rationem Emptoris, ita & in obligationem ſolvendi Gabellam.

235. Con-

Digitized by Google

235. Controverſum eſt, an ſi prior emptor eſſet ex aliquo privilegio exemptus à ſolutione Gabellæ, an, inquam, nihilominùs retrahens eam ſolvere teneatur, ſi ipſe non ſit pariter exemptus. P. Caſtro Palao n. 11. putat, valde probabile eſſe, ex tali contractu & retractu nullam Gabellam deberi. Nam in retractu non ſpectatur, an, à ſolutione Gabellæ exemptus ſit vel non ſit retrahens, ſed an primus emptor Gabellam ſolverit, necne. Tum quia retractus eſt prioris contractûs ſubrogatio: ergo eaſdem qualitates & conditiones ac prior contractus habere debet. Et licèt exemptionem à Gabella non habeat contractus quâ talis eſt, ſed quatenus à tali perſona procedit, id ſufficit, ut retractus eandem exemptionem habeat, cùm non ſit novus contractus, ſed præcedentis in diſtinctam perſonam transfuſio. Ideo námque Clericus aliúſque exemptus à Gabella retrahens ſolvere tenetur Gabellam, quam primus emptor non ſolvit, vel ſolvere obligabatur, quia loco primi emptoris ſuccedit. Ergo priore emptore exempto retrahens nullam habet obligationem ſolvendi. Ita ille.

Ego tamen probabilius exiſtimo contrarium cum Tiraquello & aliis. Aliud enim eſt, quòd retrahens non teneatur refundere Gabellam emptori, niſi quando ipſe ſolvit, (& hoc eſt verum) & aliud, quòd non teneatur eam ſolvere fiſco, eo quòd emptor non tenebatur: & hoc videtur falſum, quia privilegium exemptionis non transfertur in alium, cùm ſit perſonale. Ad inſtantiam de Clerico potiùs dicerem, quòd quando emptor eam non ſolvit fiſco, nec Clericus teneatur, ſi cæteroquin exemptus eſt.

236. DUBITATUR 18. Utrum ſi plures res retrahibiles ſint ſimul & uno pretio venditæ, debeant vel omnes retrahi, vel nullæ. R. Cùm ſit unica venditio, debent omnes retrahi, quod etiam de Jure communi procedit: nam ſi contractus reſolvitur integrè reſolvendus eſt. Forſitan enim emptor unum ſinè aliis non emiſſet. Quod quidem videri poſſet alicui limitandum eſſe, niſi emptor ſponte conſentiret, tunc enim nulla illi fieret injuria: verùm tunc potiùs videretur eſſe nova prorſus venditio quàm retractus. Dixi: ſi omnes res ſint retrahibiles. Nam ſi aliquæ non ſunt retrahibiles, nihil obſtat, quominus una pars ſine alia retrahatur, ut contigit in caſu capituli *conſtitutus*. Quodſi ex partiali retractu damnum pateretur emptor, illud à retrahente reſarciendum eſſet. Cæterùm, in hac materia, cùm tota ferè pendeat ab uſu, conſuetudo maximè attendenda eſt, & Judex æquitatem præ oculis habebit.

CONTROVERSIA XXIV.

De Reſciſſione Emptionis ex Lege 2. C. de Reſcind. Vend. *hoc eſt, ob læſionem ultra dimidium juſti pretii.*

SUMMARIUM.

Refertur lex 2. C. de Reſcind. vendit. 236.
An in foro Eccleſiaſtico detur læſo infra dimidium juſti pretii actio. 237.
An detur etiam Jure civili, in caſu quo contractus celebratus eſt per procuratorem. 238.
An detur, ſi læſio infra dimidium contingat in æſtimatione dotis. 239.
An beneficium legis. 2. cit. competat etiam Emptori ultra dimidium læſo. 240.
Quomodo æſtimatio inſtituenda ſit tam pretii quàm mercis, ut intelligi poſſit an læſio excedat dimidium. 241.
Obſervatio ſingularis P. Pauli Layman. 242. *& ſeq.*
An hoc beneficium ſpectet ſolum ad res immobiles. 244.
An beneficium dictæ legis etiam in aliis contractibus locum habeat. 245.
An in contractu Emphyteutico locum habeat. eod.
An in diviſione rerum communium. eod.
An in contractu ſtricti Juris. 246.
An hoc beneficium fuerit antiquo jure incognitum. eod.
An locum habeat in transactione. 247. *& ſeqq.*
Intellectus legis 3. C. de dolo malo. 248.
Intellectus legis 3. §. 1. ff. de Transactionibus. 249.
An locum habeat beneficium legis 2. quando filia in renuntiatione enormiter læſa eſt. 252.
Quare Renuntiatio non ſit Transactio, vel Donatio. 253.
An per renuntiationem hujus beneficii ceſſet beneficium. 254.
An careat hoc beneficio Venditor dicens ſe exceſſum donare. 255. *& ſeq.*
An ſicut Emptori, ità etiam Venditori detur proportionaliter electio, ut pro exceſſu quem accepit, ſatisfaciat, vel contractum reſcindat. 257.
Quantum debeat Emptor vel Venditor refundere læſo. 258.
Si res infra dimidium empta pereat apud Emptorem abſque culpa, an obligetur ad ſupplendum defectum pretii. 259.
Quidſi alteri vendidit, & ab emptore juſtum pretium accepit. eod.
Si primus emptor iterum infra dimidium vendidit, & deinde non eſt ſolvendo, an venditori detur actio adverſus ultimum Emptorem. 260.
An Emptor poſſit meliorationes in re empta factas pen-

venditori opponere, exigendo ut illas priùs ſolvat antequam rem recipiat. 261.

Si emptor eligat reſtituere rem, & reſcindere contractum, an teneatur reſtituere fructus interim perceptos, reſpondentes pretio quod eſſet refundendum, & detractis uſuris. 262.

Intellectus legis 1. C. ſi major factus alienationem ſactam, &c. *eod.*

An reſolvatur etiam Jus Hypothecæ, quando reſciſſo contractu reſtituit Emptor rem emptam interim hypothecæ ſubjectam. 263.

An locus ſit beneficio legi 2. C. de reſc. vend. *quando Venditio facta eſt cum decreto Judicis.* 264.

Intellectus legis 1. C. de prædijs decur. ſine decr. *eod.*

Quonam Juris remedio Venditori ultra dimidium læſo ſuccurratur, aliorum ſententiæ. 265.

Verior ſententia, competere Actionem ex Vendito. 266.

LEx ita habet. [Rem majoris pretii, ſi tu vel pater tuus minoris diſtraxerit, humanum eſt ut vel pretium te reſtituente emptoribus fundum venundatum recipias auctoritate Judicis intercedente; vel ſi emptor elegerit, quod deeſt juſto pretio, recipias. NB. Minus autem pretium eſſe videtur, ſi nec dimidia pars veri pretii ſoluta ſit.]

Circa quam Legem plures, & aliquæ difficiles quæſtiones moventur. Imprimis autem ſuprà jam actum eſt, cur leges non eodem cum rigore coërceant læſionem infra dimidium juſti pretij, nec dent actionem ad reſcindendum contractum, eſto in conſcientia maneat obligatio reducendi contractum ad æqualitatem. Ratio breviter eſt, ne lites ex tam frequenti contractu identidem moveantur, & incuria contrahentium emendetur, & major attentio excitetur, & læſi deinceps cautiùs mercari diſcant, *arg. legis 2. C. de furtis:* ubi Imperatores negotiatoribus res furtivas ementibus, ità reſcripſerunt. [Incivilem rem deſideratis, ut agnitas res furtivas non priùs reddatis, quàm pretium fuerit ſolutum à Dominis. Curate igitur cautiùs negotiari, ne non tantùm in damna hujuſmodi, ſed etiam in criminis ſuſpicionem incidatis.]

236. Cæterùm, an ſaltem in foro Eccleſiaſtico detur læſo infra dimidium juſti pretii actio, affirmant plures, quos refert Tiraquellus, & ſequitur Covar. 2. *Var. reſ. c. 4. n.* 11. quod ſi hi AA. (ut videntur) non ſunt locuti de actione directa, ſed indirecta, quæ eſſet per viam denuntiationis, ut lædens adigeretur ad ſatisfaciendum obligationi conſcientiæ, eſt utique vera eorum ſententia: nec plus probant ex *cap.* 1. §. *ſed diverſum. de alien. feudi.* ubi dicitur, Eccleſiam non pati ultra juſtitiam aliquid fieri. Quodſi verò ſermo ſit de actione directa, negandum eſt, eam etiam in hoc foro dari, arg. cap. Cùm dilecti 3. de empt. & vend. ibi. [& cùm ei per teſtes conſtitiſſet, quòd prædicti fratres ſylvam minus dimidio Juſti pretii comparâſſent. & c. 6. eod. ibi. [cùm conſtitiſſet nobis, Monaſterium in venditione ultra dimidiam Juſti pretii fuiſſe deceptum: ſententiando decrevimus, ut præfati cives aut recepto pretio poſſeſſiones reſtituerent, aut ſupplerent, quantum conſtaret, legitimæ venditionis tempore juſto pretio fuiſſe.]

238. Fuerunt quidem aliqui DD. qui exiſtimârunt, in certis caſibus dari Jure Civili actionem etiam læſo infra dimidium juſti pretii, & primus caſus eſt, ſi contractus celebratus ſit per procuratorem. Verùm, communis, & vera ſententia hunc caſum non admittit, non ſolùm quia nullo Jure exceptus eſt, ſed etiam quia oppoſitum habetur ex lege 8. C. h. t. ubi non reſcinditur contractus à filio matris nomine celebratus, niſi læſio eſſet ultra dimidium: ibi. *niſi minus dimidiâ juſti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum eſſet.*

239. Alius caſus communiter à Legiſtis conceſſus, eſt, ſi læſio intra dimidium contingat in æſtimatione dotis. quem caſum volunt deducere ex variis legibus: quæ tamen leges non dicunt, dari actionem ex læſione infra dimidium, ſed dari ex læſione, ac proinde intelligi poſſunt de illa læſione de qua loquuntur Jura, quando regulam generalem ſtatuunt, nempe lege 2. cit. Præterquam quòd videantur loqui de læſione doloſa, maximè lex *6. C. ſoluto Matrim.* ibi. *proinde ſi doloſis artibus* &c. Cæterùm, quia cauſa dotis valde favorabilis eſt, & major DD. Auctoritas favet, poteſt pro iſto caſu ſecurè pronuntiari; & ità poſt alios tenet Fachineus *l. 2. c. 29. poſt medium.* Sed nunc ad noſtram propoſitam legem veniamus.

240. QUÆRITUR ergo 1. Vtrum Beneficium legis 2. citatæ concedatur etiam Emptori, ultra dimidium Juſti pretij læſo: nam lex ſolùm loquitur de venditore, qui v. g. rem valentem 100. vendidit 49. Negant emptori convenire Cujacius *lib. 16. obſer.* 18. & *lib.* 23. *obſ.* 32. & Anton. Faber *in tract. de Errorib. pragmat. decadeg. err.* 7. quem ſequitur Philippus Matthæi *in leg. ſeu Reg. Juris* 39. *n.* 34.

DICENDUM tamen eſt cum receptiſſima aliorum tam Theologorum quàm Juriſtarum ſententia, hoc beneficium etiam emptori convenire, ut læſus ultra dimidium Juſti pretii (quod quomodo computandum ſit, ſtatim videbimus) poſſit contractum reſcindere, niſi venditor malit reſtituere id in quo læſus eſt emptor nimis carò emendo. Et quidem in Jure Bavarico recepta eſt *tit. 7. a.* 2. Probatur. 1. Nam ſicut tam Emptori quàm Venditori, pariter permittitur, ut ſe circumvenire poſſint infra dimidium, ità debet huic permiſſioni par terminus conſtitui. Probatur. 2. Emptor, & venditor ſunt correlativi. atqui recepti Juris eſt, ut quod in uno

uno correlativorum conſtitutum eſt, in altero quoque correlativo obſervetur, quando ex utraque parte eadem eſt æquitatis ratio, prout hîc eſt. Probatur. 3. Quando aliquod legis beneficium conceditur primariò meritis cauſæ, & non perſonæ, tunc ubi eſt eadem cauſa, idem beneficium conceſſum cenſetur, etiamſi Iura de unâ tantum causâ loquantur, ut habetur *l.* 12. *&* 13. *ff. de legibus.* [Non poſſunt omnes articuli ſingillatim aut legibus aut Senatusconſultis comprehendi, ſed cùm in aliqua cauſa ſententia eorum manifeſta eſt, is qui Iurisdictioni præeſt, ſd ſimilia procedere, atque ità Ius dicere debet. Nam quoties lege aliquid unum vel alterum introductum eſt, bona occaſio eſt, cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certè Iurisdictione ſuppleri. Quin imò Arnold. Rath *th.* 113. conatur oſtendere, quòd potior ſit ratio cur beneficium detur emptori quàm venditori. Venditor enim circumventus habet quod ſibi imputet, cur tam vili pretio res ſuas vendiderit, cùm præſumatur habuiſſe notitiam valoris. arg. *l.* 15. *C. h. t.* ibi. [neque enim inanibus immorari ſinatur (actor, qui erat venditor) objectis, ut vires locorum ſibimet cauſetur ignotas, qui NB. familiaris rei ſcire vires vel merita atque emolumenta antè debuerat.] Emptori verò hoc non poteſt imputari, quia non ſcientia, ſed ignorantia in factis rebúſque alienis præſumitur. *l. fin. ff. pro ſuo.* ità ille, Sed revera hæc lex finalis non loquitur de tali caſu, ſed de caſu quo ego Iudico aliquid eſſe meum, ductus Iuſto errore ex alieno facto. In Emptione verò ſi nullum in re empta vitium ſit (nam de hoc caſu dicetur ſeq. Controv:) non video cur ignorantia pretii magis ſit tolerabilis in emptore quàm in venditore: cùm, & emptor debeat valorem rei ſcire, ne cæco modo emat.

Objicit Cujacius. 1. Æquum erat, inquit, ſubvenire venditori, qui minoris vendidit, quem plerumque neceſſitas rei familiaris compellit, vendere pretio minore, non etiam Emptori, ultro accedenti ad emptionem prædii, ſæpè fraudandi cauſâ, & plerumque ementi pretio immenſo, & immodico, affectione opportunitatis & vicinitatis, vel cæli, vel quòd illîc educatus ſit, vel parentes ſepulti, vel quòd Majorum ejus fuerit, qua cupiditate incenſus ultro proijcit ſæpè ingentia, & immenſa pretia. Ità Cujacius, ſubtiliùs (ut putat VVurmſerus, quamvis ergo non videam in quo conſiſtat hæc ſubtilitas) quàm utiliùs. ℞. Falſum eſſe quod dicit Cujacius, tam in Venditore quàm in Emptore. In Venditore quidem, quia innumeri vendunt nullâ cogente neceſſitate domeſticâ, ut patet in confidentibus negotiatores. In Emptore etiam falſum eſt, tum quòd plerique non emant fraudandi causâ, nec calore illo quem deſcribit, & ità nominat Cujacius, quin potiùs aliquâ indigentiâ urgente.

Objicit Cujacius. 2. Quia lex de ſolo venditore loquitur. ℞. Hoc ideo, quia reſpondet ad caſum propoſitum: ſed ex causa *humanitatis* adducta patet, quòd idem de Emptore dictum volverit, ut patet ex 1. Probatione Aſſertionis. Cæterùm, dicat Cujacius, cur ob æquitatem ipſe extendat legem ad alios contractus, cùm lex tantùm de venditione loquatur?

241. QUÆRITUR 2. Quomodo æſtimatio inſtituenda ſit tam pretii quàm mercis, ut intelligi poſſit, an læſio excedat dimidium juſti pretii. Et quidem ſi Venditor læſus ſit, res eſt expedita. Æſtimata enim merce quantum valverit tempore Venditionis. v. g. ponamus valuiſſe 100. ſi emptor ſolvit 50. non eſt læſus ultra dimidium juſti pretii, quia in ſolo dimidio eſt læſus. ſi verò emptor vel tantillo minus ſolviſſet ex conventione, quàm 50. læſus eſſet venditor ultra dimidium, quia nec dimidium conſecutus eſſet. Et aliqui volunt, eſſe attendendum pretium medium, ne in hoc puncto magis faveatur uni quàm alteri: quamvis reverà venditor, utpote læſus, eſſet dignior favore, & ideo probabilius eſt, quod ſi non eſſet conſecutus dimidium pretii infimi, poſſet agere ad reſcindendum contractum: & ità tenent Theologi communiter.

Quoad Emptorem eſt gravis diſſenſio inter AA. quantum nimirum debuerit ſolutum eſſe ultra juſtum pretium, ut cenſeatur læſus ultra dimidium.

Communis Theologorum, & Canoniſtarum eſt ſententia, quòd quando res empta non valet niſi 50. & emptor ſolvit 75. non ſit læſus ultra dimidium, ſi verò ſolvit paulò plus quàm 75. jam ſit læſus ultra dimidium Iuſti pretii, ut agere poſſit ad reſcindendum contractum. Ità ſentiunt innumeri, ſed maximè Hiſpani, quia ſic eſt declaratum in ipſorum lege Regia. Vid. Molina *d.* 349. Rebellus, Leſſius, Palao.

Civiliſtæ verò longè communiùs tenent, quòd ad hoc ut emptor ſit læſus ultra dimidium Iuſti pretii, ſi res empta valet 50. neceſſe ſit ut ſolverit aliquid ultra 100. Ità poſt alios quos refert & ſequitur Fachineus c. 16. ac quorum præcipuus anteſignanus eſt Cujacius, tenent ex RR. Corvinus in hunc tit. Cod. & Antonius Perez in eundem. Ex Theologis verò P. VVadingus *d.* 7. *dub.* 4. §. 4 *n.* 2. Quæ ſententia etſi primâ fronte videri poſſet iniquiſſima, eo quòd ſolvens 100. pro 50. utique duplum pretium juſtum ſolvat, & ſic non tantùm ultra dimidium, ſed usque ad totum pretium læſus ſit, accipit tamen ſuam probabilitatem ſi intelligatur, quomodo hi DD. accipiant læſionem ultra dimidium: tunc enim (inquiunt) læſus eſt emptor ultra dimidium, quando res empta non valet dimidiam partem pretii ſoluti. Sicut enim venditor accipit pretium, ità emptor accipit rem ſeu

mercem: ergo cum læſio venditoris ſpectetur in pretio, quod non accepit medium, ita læſio emptoris ſpectati debet in merce, quando non accepit mercem valentem mediam partem pretii ſoluti. ergo ut emens rem tantùm valentem 20. dicatur læſus ultra dimidium, debet ſolviſſe ultra 40. nam res empta tantùm dimidiam partem 40. adæquat. Itaque paritatem inter Venditorem, & Emptorem ſic inſtituunt, & ſtatuunt regulam generalem. Tunc eſt quis læſus ultra dimidium, ſi plus quàm duplum dedit, minùs autem quàm dimidium accepit. atqui hoc contingit in venditore, ſi mercem valentem 20. vendat novem, in emptore autem, ſi mercem valentem 20. emat v. g. 41. ergo &c. Et hæc ſententia approbata eſt in Camera Imperiali, anno 1541. ut Mynſinger teſtatur, *cent. 4. obſer. 73.*

242. Placet referre, quid in hoc puncto ſingulari acumine obſervaverit P. Paulus Layman, & qua ratione utramque ſententiam ab omni cenſura liberet. Ego (inquit Laym. *c.* 17. §. 1. *n.* 7.) arbitror, neutram ſententiam erroris condemnari poſſe, quominus ſecundùm illam in foro externo procedere liceat. Advertit deinde ad hoc confirmandum, in foro externo ad duo Iudicem attendere poſſe. Primò ad quantitatem læſionis, ſive damni, quod alter contrahentium paſſus eſt. Secundò ad publicam Iudiciorum quietem, & declinandam litium multitudinem. Quod ad primum attinet, negari non poteſt, (& hoc tribuitur communi ſententiæ Theologorum) ſi merx valeat v. g. 10. æqualem læſionem ſive damnum fore emptoris, ſi emat. 16. quale damnum eſſet venditoris, ſi vendidiſſet 4. idque non tantùm abſolutè, quia utriuſque læſio eſt ſex v. g. aureorum, ſed etiam cum ordine ad contractum reciprocum. Nam ſicuti ſex aurei, in quibus venditoris læſio conſiſtit, ſuperant partem dimidiam pretii juſti, ità viciſſim ſex aurei, in quibus emptoris læſio conſiſtit, ſuperant dimidiam partem mercis: quando merx 10. aureis æſtimatur. Accedit ad confirmationem communis ſententiæ, minùs decens eſſe, quòd Iura majorem leſionem permittant in emptore, quàm in venditore: cùm contrahentium æqualis debeat eſſe conditio, & quidem arithmetica, ſive abſoluta æqualitas. At verò ſecundùm poſteriorum Legiſtarum ſententiam duplo plus lædi poteſt emptor quàm venditor. Si enim merx valeat. 10. venditor reſtituitur, ſi læſio ejus ſuperet quinque aureos: emptor autem non reſtituitur niſi læſio ejus ſuperet 10. aureos. Et hæc pro communi ſententia.

243. Quod verò ad alterum conſiderabile attinet, (inquit Layman) ex utraque parte venditoris & Emptoris ferè æqualis accidet litium multitudo, ſi læſionem enormem definiamus ſecundùm proportionem non arithmeticam, & abſolutam, ſed Geometricam ſive reſpectivam, ſicut poſterior Legiſtarum ſententia definit; nempe læſionem enormem ex parte emptoris eſſe, ſi ultra duplum iuſti pretii dedit: ſecundùm priorem enim ſententiam ſæpius continget læſio emptoris quàm venditoris: v. g. citiùs aliquis induceretur ut ſolvat ſedecim pro re valente 10. quàm ut accipiat 4. pro re valente 10. eſt enim in hoc major, & apparentior improportio quàm in priore, quia quatuor continentur in decem bis, & ſemi: decem verò in ſedecim non continentur bis, ut patet. Verùm quia ſicut quatuor recedunt à decem per 6. ità & decem à ſedecim, nemo non videt, quòd hæc apparens inæqualitas non variet in reipſa inæqualitatem læſionis, ſed ſolùm ſerviat, ut inconſideratus emptor faciliùs lædatur.

De Iure Bavarico res eſt deciſa tit. 7. at. 2. ubi amplectitur ſententiam Cuiacij, & hodie communem apud Legiſtas.

Ut autem in hac ſententia etiam appareat æquitas, & aliquomodo intelligatur, quomodo obſervetur paritas inter Venditorem & Emptorem, dicendum eſt, paritatem in hoc conſiſtere, quòd ſicut Venditor tunc dicitur læſus ultra dimidium, quando non accipit dimidium illius quod dedit, ita Emptorem lædi ultra dimidium, quando non accipit dimidium illius quod dedit. Ergo ſi dedit 100. non erit læſus ultra dimidium, ſi accipiat mercem quæ valet quinquaginta. Et hac ratione cenſeo hanc ſententiam ab æquitate nihil alienam eſſe, quia licèt non faciat paritatem materialem inter Emptorem & Venditorem, ut facit oppoſita ſententia, magis tamen attendit paritatem formalem. Cùm ergo beneficium legis principaliter ſit introductum, negando actionem læſo intra dimidium, ne lites multiplicentur ex quavis læſione contrahentium, & ad eorum cautelam, & ut fatetur Layman, hæc ratio militet pro Cuiacii & communi Iuriſtarum opinione, meritò hæc in praxi obſervabitur, legiſque intentioni conformior videtur, & confirmabitur n. 245.

244. QUÆRITUR 3. An hoc Beneficium ſpectet ſolùm ad res imobiles, vel etiam ad mobiles. Cuiacius diſtinguit inter res mobiles pretioſas, & viles, & ad pretioſas ſpectare concedit, non item ad viles. Communis & vera ſententia vult etiam ad viles ſpectare: quod intelligendum utique eſt, dummodo læſio eam quantitatem attingat, ut in judicium deduci mereatur. Ratio autem reſponſionis eſt, quia in omnibus rebus etiam vilibus, militat ratio æquitatis, ut enormiter læſo ſuccurratur, & quia Cuiacii fundamentum eſt, plus quàm elumbe.

Objicit Cuiacius, legem 2. in qua illud beneficium continetur, ſolùm loqui de rebus immobilibus. ℞. Cur ergo Cuiacius illud extendit ad res mobiles pretioſas? imò cur non reſtringit ad ſolum fundum? nam de ſolo fundo ibi ſermo eſt. Igitur ratio legis inſpicienda

eſt,

Digitized by Google

eſt, non materia, quæ reſcripto cauſam dedit, & proinde exempli cauſâ illius ſolius mentio facta eſt. Et benè advertendum eſt, quòd reſcriptum Imp. à principio utatur terminis generalibus. [Rem majoris pretij ſi tu vendidiſti;] unde quòd poſtea fiat mentio fundi, non reſtringit illam generalitatem: cujus plura ſuppetunt in jure exempla. v. g. in lege 1. *ff. de Evict.* generaliter dicitur, ſive tota res evincatur, ſive ejus pars, dari Emptori regreſſum adverſus venditorem: deinde verò agri mentio ſubjicitur: & tamen apud omnes conſtat, rem mobilem non excludi.

245 QUÆRITUR 4. Utrum Beneficium dictæ legis 2. etiam in alijs contractibus locum habeat. Negat Cuiacius, Ant. Faber, quibus adhæret Hunnius Var. reſol. l. 3 tr. 7. q. 12. Communis tamen ſententia affirmat, & quidem ſine diſcrimine tam de Contractibus ſtrictì juris quàm bonæ fidei, dummodo ſimilem cauſam contineant, nempe ſi quis duplo plus det quàm accipiat. Ratio eſt, quia licèt lex loquatur de venditione, non eſt tamen excogitabilis ulla ratio, cur ultra dimidium læſus in venditione mereatur beneficium reſciſſionis, & non læſus v.g. in Locatione & Conductione.

Et quidem loquendo magis in ſpecie imprimis, in Locatione & Conductione vix apparet ratio dubitandi. Nam Locatio & Conductio iiſdem juris regulis, quibus Emptio & Venditio, continetur. ut habetur *Inſt.* 1. *de Locat. Conduct.* Hinc autem poteſt confirmari ſententia Cuiacii paulò antè explicata. Nam quando permutaretur v. gr. equus cum bove, ita ut dans equum læderetur ultra dimidium, in ſententia Cuiacii tunc diceretur læſus ultra dimidium, ſi equus plus quàm duplo excedat valorem bovis, ſive dans equum comparetur cum venditore, ſive cum emptore. At verò in altera ſententia non poteſt ſervari hæc paritas: ſi enim dans æquum comparetur cum venditore, & equus valeat 100. bos verò 49. erit læſus ultra dimidium, ſi verò comparetur cum emptore, non requiretur ut equus valeat 100. ſed adhuc eſſet læſus ultra dimidium, ſi equus tantùm valeret 75. Cùm ergo in tali contractu non ſit major ratio comparandi cum venditore potiùs quàm cum emptore, manifeſtum eſt, quòd computatio Cuiaciana magis obſervet paritatem, quàm ſententia oppoſita.

Major eſt difficultas, utrum etiam Emphyteutæ, vel domino ultra dimidium læſis in ipſo contractu ſuccurratur ex d. lege 2. Aliqui ſimpliciter affirmant, alij ſimpliciter negant. Fachineus in affirmativam ſententiam eſt proclivior, ut illis ſuccurratur habitâ ratione æſtimationis Iuris Emphyteutici, comparatè ad rem in emphyteuſim traditam, & conſideratis omnibus circumſtantiis, ſterilitatis, &c. Eſt enim par ratio æquitatis.

Differunt etiam DD. an locus ſit illi beneficio, quando læſio contingit in diviſione rerum communium. v. g. ſi fratres aut plures hæredes dividunt inter ſe res hæreditarias, & unus duplo plus accipiat, quàm ad alios perveniat. Et etiam communior ſententia affirmat: quia eſt inſtar emptionis, ejuſque vicem obtinere dicitur *l. 1. C. communia utriuſque judicij.* Aliud eſſet, ſi diviſionem ſorti commiſiſſent, quia tunc ſe fortunæ committunt, ut in ſimili ſuprà dictum eſt.

246 Eandem legem ejuſq; beneficium accommodari etiam læſo ex contractu ſtricti juris, tenet poſt alios plures Fachineus, ita quidem, ut ante ſolutionem competat exceptio ex dicta lege 2. ſi verò ſolvit, competat indebiti conductio. Qui enim exceptione perpetuâ tutus eſt & ſolvit per errorem, ſolutum condicere ac repetere poteſt, ut dicitur in *lege* 40. *ff. de condict. indebiti.* Sed videamus, quibus argumentis inducantur adverſarij, ut negent beneficium legis 2. alijs contractibus, exceptâ emptione.

Objicit ergo Hunnius. 1. Quodcunque contra rationem Iuris receptum & introductum eſt, hoc ad conſequentiam trahi non debet. *l. quod contra. ff. de R. I.* Atqui beneficium l. 2. eſt contra Ius commune introductum: nam jure communi permiſſum eſt contrahentibus, abſque ulla quantitatis determinatione ſeſe circumſcribere & circumvenire, abſque dolo tamen & fraude, ut ſuperiùs declaratum eſt: ergo in alijs contractibus non ſunt præfixi termini ſicut in emptione, de qua ſola loquitur lex 2. Miror, quòd Hunnius non etiam inferat, illi legi ſolùm locum eſſe in immobilibus, de quibus ſolis loquitur lex. Deinde pari jure alius inferet contra Hunnium, quòd lex illa ſoli venditori, non item emptori ſuccurrat. Neque multùm juvaret Hunnium, ſi diceret, emptorem & venditorem eſſe correlativa: ergo quod de uno ſtatutum eſt, etiam de altero cenſeri debet eſſe ſtatutum. Hæc enim conſequentia ſic nudè prolata eſt peſſima. Nam Pater & Filius ſunt correlativa, Maritus & Vxor ſunt correlativa, Tutor & Pupillus ſunt correlativa: an ideo quod de uno ſtatuitur, etiam de altero ſtatutum cenſetur? Si dicat Hunnius, id intelligendum eſſe, *ſi par ratio de utroque militat:* Accepto, & infero: Ergo cùm in aliis contractibus par æquitatis ratio militet, & Imperatores ſolam æquitatem præ oculis habuerint, & nihil ſpeciale in emptione, multò minùs in *Lupo* (cui tanquam conſuleuti reſcripſerunt) etiam ad alios contractus extendendum eſt.

Propterea (quamvis ad argumenti ſolutionem hoc non ſit addere neceſſe) Hunnius in ſuo argumento ſupponit aliquid minùs verũ, nempe, quòd beneficium legis 2. antiquo jure fuerit incognitum, adeoque beneficium penitus novum, prout tum in diſpp. in Treutl. tum in reſol. var.

Digitized by Google

var. l. c. q. 10. defendit. Sed communis DD. Schola, teſte Harpprecht. §. ult. n. 91. tenet, beneficium illud jam olim receptum eſſe, ſed poſtmodum d. l. 2. apertiùs confirmatum & illuſtratum. Et imprimis hoc colligunt DD. ex l. 36. ff. de V. O. ubi dicitur, competere exceptionem ad reſcindendam ſtipulationem, quando quis aliter obligatus eſt, quàm obligari debuiſſet, *etiamſi nullus dolus interceſſit ſtipulantis, ſed ipſa res in ſe dolum habet.* dicitur autem res in ſe dolum habere, quando alter læſus eſt. Clariùs videtur hoc colligi ex lege 54. *ff. de contrah. empt.* ubi dicitur. *Rei bonâ fide vendita, propter minimam cauſam inempta fieri non debet.* Ergo propter cauſam non minimam poterat jam tunc res inempta fieri. Item ex lege 38. *in f. ff. fam. herciſcundæ.* ubi reſpondetur, ſorori actionem non dari adversùs fratrem, ſi NB. is ultra partem dimidiam non accepit. Ergo ſi ultra dimidiam accepiſſet, actio ſorori non fuiſſet negata. Plura videri poſſunt apud cit. Harpprecht, quibus non immoror, quia ad meũ propoſitum non ſunt ſcitu neceſſaria. Ego non credo, quòd Impp. in gratiam Lupi conſulentis ſtatim novam Conſtitutionem ediderint, (quia formam talem illa lex non habet,) ſed quòd juxta Ius tunc receptum & in praxi obſervatum reſcripſerint.

Objicit Hunnius 2. Conſtitutio legis 2. ad eos pertinet contractus, in quibus permiſſum erat prius ſe circumvenire, dum terminos circumventioni præfinit, ut dimidium juſti pretii non excedat. Atqui in nullo alio contractu præterquam in Emptione & Locatione circumventio erat legibus permiſſa. Quodſi replices contra Hunnium: ergo ſaltem in locatione procedet illa conſtitutio: reſpondet, ideo non procedere, quia lex de ſola Emptione loquitur. Vides quòd tandem Hunnius argumenta multiplicet, *dicis gratiâ*: nam ſic ſecundum argumentum totum reſolvitur in primum, & ideo ſufficienter reſponſum eſt, negando majorem propoſitionem: ſi enim lex non vult diſſimulare læſionem enormem in Emptione & Locatione, in quibus diſſimulat læſionem infra dimidium, multò minùs diſſimularet in illis contractibus, in quibus ne minorem quidem læſionem diſſimulat.

147. QUÆRITUR 5. Utrum Beneficium d. legis 2. habeat locum in læſione ultra dimidium commiſſa abſque dolo in transactione: quæ eſt controverſia agitatiſſima. Sciendum autem eſt, poſſe hanc læſionem duplici reſpectu fieri. Imprimis in mala æſtimatione rei ſuper qua tranſigitur, v. g. tranſigitur ſuper hæreditate, quam partes per errorem æſtimant 100. fl. cùm vix valeat 30. ſolvit ergo unus, qui illam vult retinere v. g. 90. propter dubium eventum litis. Et ſic, ſi poſtea deprehendatur valere tantum 30. eſt utique plùs quàm ultra dimidium læſus. Vel fingamus econtra hæreditatem valere 100. & à tranſigentibus æſtimari ſolùm 50. & eum qui eam vult retinere, ſolvere alteri, v. g. 25. poſtea repertis inſtrumentis deprehenditur valere 100. utique alter qui hæreditatem tranſigendo vendidit pro 25. eſt graviter læſus.

Secundò, poteſt læſio contingere in æſtimatione dubii eventûs, & litis, non in æſtimatione rei, v. g. tranſigentes, æſtimant ſpem Petri de obtinenda victoria 20. cùm tamen alii homines rem meliùs intelligentes, æſtimarent illam ſpem 50. unde Petrus accipiendo 20. & tranſigendo ut à lite deſiſtat, erit læſus ultra dimidium. Quæritur, an in his caſibus gaudeat læſus beneficio legis 2. C. de Reſcind. vend. His duobus modis ſuperaddit alium tertium (ſi benè intelligo, nam decies relectum neſcio, an ſim aſſecutus) Arnoldus Rath th. 114. nempe ſi læſio æſtimationem rei petitæ ultra duplum exceſſerit, atque reus conventus pro fundo ab actore vindicato, & centum v. g. valente, ut eum ſibi retinere liceret, ultra ducenta per transactionem perſolverit. De hoc caſu non eſt diſputandum, quia, ut hic ipſe Auctor agnoſcit, eſt de rarò & fortè nunquam contingentibus. neque enim facilè quis reperitur, qui transactionis causâ duplo plus dare velit, quàm ab ipſo petatur: ſi tamen caſus contingeret, eſſet locus beneficio legis 2. Hoc ergo caſu prætermiſſo, &

Loquendo de primo modo læſionis in æſtimatione rei, multi affirmant eſſe locum illi beneficio, quos longo catalogo recenſet Harpprecht, & ante eum Fachineus c. 26. adducens Rotam Romanam *primâ parte deciſ.* 101. *n.* 2. Verùm, ex DD. allatis fortè aliqui non loquuntur de primo, ſed de ſecundo modo læſionis, nec ſe ſatis explicant. Negativa eſt longè communior, præſertim inter RR. ob legem Lucius 78. §. *fin. ff. ad SC. Trebell.* [Hæres ejus, qui poſt mortem ſuam rogatus erat univerſam hæreditatem reſtituere, minimam quantitatem, quam ſolam in bonis fuiſſe dicebat, his quibus fideicommiſſum debebatur, reſtituit: poſtea repertis inſtrumentis, apparuit quadruplo ampliùs in hæreditate fuiſſe: quæſitum eſt, an in reliquum fideicommiſſi nomine conveniri poſſit? Reſpondit, ſecundùm ea quæ proponerentur, ſi non transactum eſſet, poſſe.] Ergo ſi transactum eſſet, non poſſet conveniri.

Ad hanc adeo claram legem eludendam reſpondet Fachineus ex Cagnolo, negando ſuppoſitum, nempe quòd tempore transactionis intervenerit ulla læſio illius cui hæreditas erat reſtituenda: rationem dat mirabilem: quia is cui reſtituenda erat hæreditas, demonſtrare non poterat, plura in hæreditate bona fuiſſe, quàm hæres diceret. Neque enim in promptu erant inſtrumenta, quibus id poterat elucere, ſed poſtea reperta ſunt. Quare actor in eo judicio facilè ſuccubuiſſet. Verùm, hoc nihil eſt ad rem. nam reſponſio procedit, quòd non ſit læſus in æſtima-

ſtima-

Digitized by Google

ſtimatione dubiæ litis, quæ in talibus circumſtantiis propè nihil valebat quoad ſpem conſequendi pluš quàm quod hæres indicaverat. Sed nos loquimur de deceptione in æſtimatione hæreditatis. ut enim in hac ſit læſus in tranſactione, nihil impedit, quòd facilè ſuccubuiſſet in judicio, ſi plus petiviſſet. Et nunc invenio hanc reſponſionem Fachinei etiam rejectam ab Hunnio parte 1. *cit. q.* 13. dum negat, & rectè, hanc conſequentiam Fachinei. Tempore tranſactionis non potuit probari læſio: ergo læſio non contigit. peſſima conſequentia.

Probatur 2. ex lege 15. §. 3. *ff. de re judic.* [Si pignora, quæ capta ſunt, emptorem non inveniant, reſcriptum eſt, ut addicantur ipſi, cui quis condemnatus eſt: addicantur autem utique eâ quantitate, quæ debetur: nam ſi creditor maluerit pignora in creditum poſſidere, iisque eſſe contentus, reſcriptum eſt, non poſſe eum, quod ampliùs ſibi debetur, petere: quia NB. velut pacto tranſegiſſe de credito videtur, qui contentus fuit pignora poſſidere.] Quæ lex indiſtinctè, & illimitatè loquitur, quantuscunque fuerit exceſſus debiti. Reſpondet Fachineus, Creditorem in hac ſpecie ſibi damnum intuliſſe, quoniam contentus fuit pro credito pignora poſſidere. Verùm, non aliter ipſe ſibi damnum intulit (utique per errorem, quia vel ignoravit quantitatem debiti, vel pignorum valorem) quàm quo modo ſibi venditor damnum infert, vendendo infra dimidium juſti pretii, & tamen huic datur beneficium legis 2. ergo quando negatur tranſigenti, non ideo negatur, quia ſibi damnum intulit, ſed propter ſpecialem vim tranſactionis.

Probatur 3. ex lege 65. §. 1. *ff. de condict. indeb. Et quidem quod tranſactionis nomine datur, licèt res nulla media fuerit, non repetitur.* Reſpondet Fachineus, per hæc verba non negari, quòd ipſa tranſactio impugnari poſſet: ſed ſolùm, quod ſolutum repeti non poſſit. Sed contra eſt, quia impugnatio tranſactionis eſſet utique etiam repetitio: ergo dum abſolutè & indefinitè negatur repeti poſſe, negatur etiam, tranſactionem impugnari poſſe.

Probatur 4. ex *lege* 19. *C. de Tranſactionibus. Sub prætextu inſtrumenti poſt reperti, tranſactionem bonâ fide finitam reſcindi, jura non patiuntur.* Quæ verba repetuntur lege 29. eod. Reſpondet Fachineus, ſe ad hæc reſpondere, ſicut ad 1. probationem ex lege *Lucius.* Verùm quia ibi reſponſio data eſt inſufficiens, ut oſtenſum, etiam ad has leges inſufficiens erit; & ei reſiſtit lex 16. eod. [Cauſas vel lites tranſactionibus legitimis finitas imperiali reſcripto reſuſcitari non oportet.]

Probatur 5. Iuramentum & Tranſactio ad ſopiendam litem eaſdem vires habent, unde Iusjurandum dicitur ſpecies tranſactionis. *l.* 2. *ff. de Iurejur. Insjurandum ſpeciem tranſactionis continet.* atqui lis per Insjurandum finita, retractari nequit ratione cujuscunque læſionis. *l.* 5. §. 2. *& l.* 9. §. 1. *ff. eod.* ibi. [Dato jurejurando non aliud quæritur, quàm an juratum ſit: remiſſâ quæſtione an debeatur, quaſi ſatis probatum ſit jurejurando.] Reſpondet Fachineus, hoc ſpecialiter in Iurejurando ſtatutum eſſe. Verùm idem de Tranſactione dicendum eſſe, colligitur ex eo, quòd l. 2. dicatur ſpeciem Tranſactionis continere, unde hoc infertur de Iuramento, ut locum habere videatur illud Philoſophorum. Propter quod unum quodque tale, illud magis tale. Atqui juramentum facit litem irretractabilem, propterea, quia continet ſpeciem tranſactionis. Ergo multò magis tranſactio.

Probatur 6. Sicuti ſententia, quando tranſiit in rem judicatam, non reſcinditur ob quamcumque læſionem, ita nec tranſactio, nam tranſactio cum re judicata comparatur in eadem *lege* 2. *ff. de Iurejurando*, dum ſubditur: *majoremque habet auctoritatem quàm res judicata.* Sed clariùs habetur lege 20. *C. de Tranſact.* [Non minorem auctoritatem tranſactionum, quàm rerum judicatarum eſſe, rectâ ratione placuit: ſi quidem nihil ità fidei congruit humanæ, quàm ea quæ placuerint cuſtodiri.] Quòd autem ſententia, quæ tranſiit in rem judicatam non reſcindatur, habetur *l.* 2. *C. de re judic.* & toto *tit. C. Sentent. reſcindi non poſ.* ut ſuo loco dicetur. Ad hoc argumentum non invenio *aliquid* reſponſum à Fachineo. Nunc objectiones videamus.

248. Objiciunt ergo 1. & principaliter legem 3. C. de dolo malo. Ad quam (ſtatim referendam) reſpondetur, ibi dolum interveniſſe. Quàm reſponſionem non vult ferre Fachineus, quia textus loquitur de tranſactione bonâ fide interpoſitâ. Sed legenti textum, & conſiderando ipſum titulum ſub quo illa lex poſita eſt: *De dolo malo.* res eſt luce clarior. & poſt alios ſupponit etiam Berlichius *p.* 2. *concl.* 42. Quod autem dicitur de bona fide dicitur conditionatè, unde poſtea ſubjungitur de læſione doloſa. Lex ita habet. [Si ſuperſtite patre per emancipationem ſui juris effecta matri ſucceſſiſti, rebusque tuis per legitimum tutorē patrem eundémq; manumiſſorē adminiſtratis poſtea tranſegiſti cum eo bona fide, perſpicis, quòd ſi pactum tantùm factum ſit, petitio tua per exceptionem ſubmovetur. Si verò novatio legitimo modo interceſſit, & acceptilatio ſubſecuta eſt, nullam tibi jam ſupereſſe actionem. (*hactenus ſuppoſitâ bonâ fide*) Sanè, ſi læſa es immodicè, liberatione ſolenniter per novationem atque acceptilationem tributâ: non de dolo propter paternam verecundiam] (ecce quòd ſupponatur interveniſſe dolus) *ſed in factum actio tibi tribuenda eſt.* Harpprecht ait, non eſſe ſermonem in prioribus verbis de bona fide ex parte patris, ſed ſolùm ex parte filiæ. Sed non placet, non enim rectè ſtatim intuliſſet, nullam ſupereſſe actionem.

249. Objiciunt 2. ex lege 3. §. 1. *ff. de Tranſact.* [Cùm transactio propter fidei commiſſum facta eſſet, & poſtea codicilli reperti ſunt, quæro, an quantò minus ex transactione conſecuta mater defuncti fuerit, quàm pro parte ſua eſt, id ex fidei commiſſi cauſa conſequi debeat? reſpondit debere.] Reſpondetur cum Harpprecht, ea *lege* 19. *C. eod.* ſuprà recitata conſtare, quòd ſi quis minùs quàm debebatur ſibi ex fidei commiſſo, per transactionem accepit, non poſſit à transactione diſcedere, ſi poſtea conſtet ex repertis inſtrumentis, majorem quantitatem ſibi relictum eſſe, quàm hæres indicavit. Verùm aliud eſt, ſi codicilli poſtea reperti ſint. Ratio ſpecialis eſt, quia de controverſiis ex teſtamento deſcendentibus tranſigi aliter non poteſt, quàm inſpectis teſtamenti verbis. *l. 6. ff. eod.* [De his controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, NB. neque tranſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt, quàm inſpectis cognitisque verbis teſtamenti,] ex hac ergo cauſa procedit reſponſio Scævolæ in *præced. lege 3. de Codicillis*, nam Codicilli ſunt pars teſtamenti.

250. Objiciunt 3. legem 65. §. 1. *ff. de condict. indebiti*, ibi. *Sin autem evidens calumnia detegitur & transactio imperfecta eſt, repetitio dabitur.* ℞. evidentem calumniam utique non carere dolo: nam ſi dolus abſit, non dabitur repetitio, ut habetur in præcedentibus verbis, ſuprà pro noſtra concluſione adductis.

251. Veniendum nunc tandem eſt ad ſecundum modum tranſigendi, nempe ſuper dubio litis eventu. Prima ſententia tenet, tunc eſſe locum beneficio legis 2. Ita aliis relatis Caſtro Palao, quamvis non ſatis diſtinctè rem declaret. Secunda ſententia & mihi longè verior, ac hactenus dictis conformior, negat etiã in hoc caſu locum eſſe. Probant plerique ex eo, quia ut huic legi ſit locus, debet conſtare de valore rei circa quam læſio contigit, alioqui non poteſt cognoſci, quanta ſit læſio, an infra an ultra dimidium. Atqui dubius litis eventus non poteſt æſtimari certo pretio, hoc ipſo quia dubius eſt, & ſemper manet dubius, quia receſſum eſt à lite. Ego quidem arbitror, hanc rationem communiter impedire beneficium legis. Cæterùm, non puto quòd ex hoc capite univerſim impediretur: poteſt enim victoria dubia aliquando habere certam æſtimationem moralem (nam mathematica nequidem in rebus alijs communiter habetur) apud prudentes hoc ſenſu, quòd nemo eſſet, qui non daret tantum, eo quòd omnes tanti ad minimum æſtiment, eſto dubium maneat, an non plus valeat. Quidquid ergo ſit de hac probatione, mihi ſufficiunt rationes adductæ ſuperiùs, quæ univerſaliter Transactionem negant reſcindi poſſe; nec apparet ulla ſpecialis ratio in transactione circa dubium litis eventum. Negativam ſententiam hactenus defenſam, ſæpiùs amplexa eſt Camera imperialis teſte Gail 2. *obſer. 70. n. 11 & 16.*

252. QUÆRITUR 6. Utrum ſit locus beneficio leg. 2. quando v. g. filia in renunciatione, etiam jurata, eſt enormiter læſa. Negarunt aliqui, quos refert Covarr. ad c. quamvis de pactis *lib. 6. p. 3. §. 4. n. 3. v. contrariam.* Sed affirmativa eſt communiſſima DD. quos longo catalogo refert & ſequitur Mat. Berlichius *p. 2. c.* 43. quam ſententiam ſequitur Camera Imperialis, teſte Gail *lib. 2. ob.* 147. ubi pro hac ſententia ait ſtare infinitas auctoritates. Et quidem ſi dolus (ut plerumque fit, & pro fundamento reſolutionis videntur plures AA. aſſumere) intervenit, eſt res deciſa in lege *ſi ſuperſtite*, C. de dolo (quam paulò ſuperiùs adduxi.) ibi. *Sanè ſi immodicè læſa es, non de dolo propter paternam verecundiam, ſed in factum actio tibi tribuenda eſt.* quod adhuc clariùs habetur in *l. 3. C. communia utriusque. Majoribus etiam per fraudem vel dolum, vel perperam ſine judicio factis diviſionibus ſolet ſubveniri.* ubi ea part. *Perperam* colligo, etiam abſente dolo idem dicendum. Ratio eſt, quia ſuprà diximus, beneficium illius legis locum habere in aliis contractibus, præſertim verò bonæ fidei, quod confirmant verba ſequentia in d. l. *Quia in bonæ fidei judiciis, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur.*

253. Objic: 1. In transactionibus non habet locum beneficium d. legis 2. atqui Renuntiatio eſt quædam ſpecies transactionis. ergo &c. ℞. Negando minorem: quia in renuntiatione nulla eſt lis, nec metus litis.

Objic. 2. Renuntiatio videtur eſſe donatio: atqui donatio non gaudet illo Reſciſſionis beneficio. Ergo. ℞. Negando majorem. nam filia renuntiat propter dotem, quam putat eſſe ſufficientem & congruam: ergo deficiente congruitate deficit conſenſus.

Objic. 3. Non eſt habenda ratio alicujus læſionis, cùm agitur de Iure nondum quæſito, ſed primùm quærendo, quod ex eventu incerto pendet. atqui filia renuntiando, Ius futurum, & incertum remiſit. ℞. Læſionem eſſe conſiderandam ſecundùm tempus dotis acceptæ, & factæ renuntiationis: ubi jam habetur certitudo.

254. QUÆRITUR 7. An per factam hujus beneficii renuntiationem, ceſſet hoc beneficium legis 2. ℞. Si renuntiatio tantùm eſſet facta ſub terminis generalibus, præſumitur non voluiſſe huic beneficio in ſpecie renuntiare, ſed aliis Iuris auxiliis, & cum minore ſuo damno, ut habet communis opinio. Si verò expreſsè & in ſpecie hujus legis 2. beneficio renuntiatum ſit, aliqui graves DD. diſtinguunt, an renuntiatio facta ſit tempore ipſius contractûs, ſeu in ipſo contractu, an verò ex intervallo. In priore caſu negant ceſſare, benè tamen in ſecundo. ità cum aliis Gomez, nec abhorret P. Molina *d. 349. prope finem.* Verùm indiſtinctè reſpondent, & ceſſare

ſerè affirmant aliis relatis Covarruvias, aſſerens ità in Tribunalibus obſervari, & Palao §. 10. *n.* 4. ſa Itèm exceptis famiois, Ruſticis, & Minoribus, qui ob imprudentiam faciliùs inducerentur, ut absque maturiore conſilio renuntiarent. In aliis non apparet ſufficiens fundamentum diſtinguendi, cùm conſeantur non minùs maturo conſilio facere renuntiationem in ipſo contractu, quàm poſtea. certè præſumptio ſtat contra illos, & obſervatur Regula generalis, quòd *remittentibus actiones ſuas non eſt regreſſus dandus. l.* 14. §. 9. *ff. de Ædil. edicto.*

255. QUÆRITUR 7. Si Venditor v. g. qui læditur ultra dimidium, dicat Emptori, ſe exceſſum donare, an careat beneficio hujus legis. Imprimis ſi non eſt aliunde impeditus donare, & cognoſcit valorem rei, neque inducitur ad donandum ullâ fraude, vel neceſſitate, aut levitate animi, ad donandum exceſſum, certum eſt, carere beneficio legis 2. ſi verò vel ignorat exceſſum eſſe ultra dimidium, vel ſcit quidem, ſed donat, vel neceſſitate ductus, vel animi levitate (nam ſi dolo, habet actionem de dolo) ſunt variæ DD. opiniones, an adjecta illa clauſula: *Quod res pluris eſt dono*: privet beneficio legis 2.

256. Prima ergo opinio docet, quòd ſi ſciens exceſſum, neceſſitate tamen, aut levitate ductus adjiciat illam clauſulam, non propterea careat beneficio legis. Ità poſt alios Fachineus *l.* 2. *c.* 19. & Palao *n.* 11. Fundamentum eſt in lege 192. *ff. de V. S.* ubi dicitur. *Hæc adjectio:* plurisve: *non infinitam pecuniam continet, ſed modicam.* Ego tamen non video, quomodo ex his verbis colligant hi AA. ſuum intentum: alioquin etiamſi nec ex levitate, nec ex neceſſitate ità donaret, careret beneficio. Eſt ergo ſenſus legis, vel de eo qui ignorat totum exceſſum, vel de eo qui ſcit exceſſum, qui quia communiter eſt modicus, de modico intelligendus eſt. Itaque credo quòd in foro externo valitura eſſet contraria ſententia, quæ eſt longè communior, eámque tenet Tiraquellus & Menochius de arbitr. caſu 144. n. 2. & apud hos plurimi.

Caſus contigit in bello Mantuano, ubi quidam belli dux acquiſito ſpolio pretioſiſſimo, æſtimato 60000. neceſſitate compulſus vendidit alicui Commiſſario 1400. fl. qui nec volebat cæteroquin illud emere, neque plus pecuniæ habebat, & Venditor proteſtatus eſt, ſe velle exceſſum donare, & de hac venditione conſtabat ipſis Principibus, à nemine improbata. Itaque neceſſitas Venditoris, & Emptorum raritas facit pretium talium rerum vileſcere. Quod ad animi levitatem attinet, multò minùs video, quare tali, ſi non eſt minorennis, qui gaudet beneficio reſtitutionis, debeat concedi beneficium legis 2. cùm levitas animi non impediat vim donandi, & valorem donationis.

Reſtat dicendum de eo qui exceſſum donat, ſed ignarus, eſſe ultra dimidium tunc aſſentior illis, qui adhuc indulgent beneficium legis: quia talis non cenſetur de tanto exceſſu cogitâſſe; ſed potiùs de modico. Ità communis contra Imolam & paucos alios: quorum fundamentum eſt leve. Dicunt, clauſulam adjectam debere aliquid operari: atqui nihil operaretur, ſi non accipienda eſſet de exceſſu etiam ultra dimidium; Nam de exceſſu infra dimidium, Emptor ipſo Iure ſecurus eſt. Reſpondetur, non eſſe ſecurum in conſcientia, ſi illi non donetur, ut ſuprà dictum eſt: ergo jam ſatis multùm operatur illa clauſula.

257. QUÆRITUR 8. An, ſicut Emptori datur in d. lege optio, ut vel rem emptam reſtituat recepto pretio, vel ſuppleat defectum pretii, ità etiam Venditoris ſit electio, ut pro exceſſu quem accepit, in pretio ſatisfaciat, vel contractum reſcindat. ℞. Affirmativè. quod tamen non ità intelligendum eſt, quaſi in optione Venditoris ſit, velle exceſſum pretii accepti compenſare per alias merces, ſed debet refundere pretium quoad exceſſum: nam hoc eſt, quod Iure deſiderat Emptor, qui non debet poſſe cogi ad plus mercium emendum, quàm quas ab initio cogitavit emere. Quodſi tamen contentus eſſet accipere merces loco pretii, eſſet nova Emptio.

258. QUÆRITUR 9. An Emptor (idem eſt econtra de Venditore) ſatisfaciat Venditori, ſi tantùm refundat pretii, quantùm ſi à principio ſolviſſet, non potuiſſet ex lege 2. *C. de Reſcind. vend.* conveniri. v. g. ſi emit fundum 1000. fl. cùm valeret 2100. an ſatisfaciat ad impediendum beneficium legis ſi centum refundat. Affirmat Cuiacius. Sed contrarium eſt pro certo tenendum, quòd vi hujus beneficii totum quod deeſt juſto pretio, conſequatur, adeoque 1100. ſint reſtituendi. Ratio eſt, quia ſi Cujacii ſententia vera eſſet, ineptè prorſus daretur Emptori electio inter hæc duo: ut vel reſtituat fundum receptis mille, vel refundat juſtum pretium: optio enim debet eſſe inter moraliter æqualia. atqui non eſſet ulla æqualitas, ſi ſatisfaceret reſtituendo centum: quis enim tam ſtultus erit, ut non malit reddere 100. quàm fundum valentem bis mille centum, receptis mille? cùm in priore caſu lucraretur 900. in poſteriore nihil.

259. QUÆRITUR 10. Si res infra dimidium juſti pretii empta pereat apud Emptorem absque illius culpa, an tunc determinatè obligetur ad ſupplendum defectum pretii. Dixi: absque illius culpa. Nam ſi culpâ periret, utique teneretur, quia ex culpa nemo debet commodum reportare, & ideo culpa perpetuat obligationem. Quodſi ergo ſine culpa pereat, adhuc teneri ad ſupplendum defectum pretii, affirmant plures Canoniſtæ, apud Covarruv. poſt Panormitanum, quos ex Theologis ſequitur Salas d. 27. *n.* 10.

Vera tamen ſententia eſt, eum non teneri, ſed liberari. Ità Legiſtæ communiter, quos refert,

ſert, & ſequitur Fachineus c. 18. & ex Canoniſtis Covarruvias, & alii, quos ex Theologis ſequuntur P. Molina d. 349. & P. Caſtro Palao n. 18.

Probatur 1. ex lege 13. §. 1. *ff. de Iure dotium.* ubi deciditur, mulierem circumventam in æſtimatione ſervi dotalis, eo mortuo non poſſe plus à marito petere, quàm ſecundùm quod æſtimatus eſt. [Enim verò ſi in æſtimationis modo circumventa eſt, erit arbitrium mariti, utrum juſtam æſtimationem, an potiùs ſervum præſtet. Et hæc, ſi ſervus vivit. quodſi deceſſerit, Marcellus ait, magis æſtimationem præſtandam, ſed NB. non juſtam, ſed eam quæ facta eſt, quia boni conſulere debet mulier, quod æſtimatus fuit.] Nam ſi æſtimatus non fuiſſet, æſtimatione faciente emptionem, ad nihil penitus teneretur maritus. Ergo, ſi dos alioquin adeo privilegiata non gaudet in hoc caſu beneficio legis 2. quantò minùs alius Venditor.

Probat inſuper Fachineus ex variis legibus in quibus habetur: quòd quando quantitas debetur reſpectu certæ ſpeciei, tunc ſpecie peremptâ debitor eſt liberatus. Verùm, hos textus jam non adduco; quia non probant intentum: agunt enim de caſu quo ſpecies ipſa determinatè, & principaliter debetur: in noſtro caſu verò adverſarii contendunt, ſpeciem non deberi determinatè, ſed alternativè, ut patebit, & hoc fundamentum eſt deſtruendum, ac tunc poſſunt illa Iura habere locum.

Objiciunt ergo adverſarii. Emptor tenetur alternativè, vel rem reſtituere, vel pretium ſupplere: ergo re peremptâ remanebit alterum membrum in obligatione: ergo rectè petetur, ut conſtat ex alibi dictis. & eſt ex ipſa rei natura clarum, etiam in aliis materiis: qui v. g. tenetur audire aliquod Sacrum, ſi non poſſit audire ſacrum A. tenetur tamen audire ſacrum B. aut C. qui tenetur alicui laborare per aliquem diem in vinea: ſi non poteſt laborare die lunæ, tenebitur laborare aliquo ſequente, &c. ℞. Negando antecedens: quia licèt emptori detur electio inter reſtitutionem rei emptæ, vel pretij, hæc tamen electio eſt data in favorem illius, & non in præjudicium: ſicut ergo, ſi hic electionis favor illi non eſſet conceſſus, re peremptâ non teneretur ad ullum pretiũ ſupplendum, ità nec conceſſo hoc favore. Ratio ulterior eſt, quia emptor principaliter & per ſe tenetur ad reſtitutionem rei emptæ. Quandocunque autem pro re determinatè debita tribuitur à lege facultas alterius rei preſtandæ, toties intelligitur ſola illa res in obligatione eſſe, pro qua alterius rei electio permittitur. *L. 6. ff. de re judic.* §. 1. [Decem aut noxæ dedere condemnatus judicati in decem tenetur, facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accipit.]

Illud contra Ant. Gomez benè monet Fachineus cum Covar. & Pinello, emptorem conveniri poſſe, & compelli ad ſolvendum juſtum pretium, licèt res perierit, cùm alteri rem deinde vendidit, & ab emptore juſtum pretium acrepit: tunc enim æquitas poſtulat, ut ex pretio quod ipſe pro re conſecutus eſt, quantum pretio à ſe ſoluto deeſt, ſuppleat, nam dum pretium rei habet, quaſi rem ipſam habere videtur, in quantùm inde locupletior factus eſt, quod etiam procedit, ſi rem conſumendo locupletior factus eſt.

260. QUÆRITUR 11. Si Petrus qui rem infra dimidium juſti pretij emit, eandem rem vendidit etiam pretio infra dimidium, adeóque contractu eodem vitio laborante, vel etiam, ſi titulo lucrativo in illum tranſtulit, & Petrus non eſt ſolvendo, an primus venditor poſſit ex lege 2. agere adverſùs ultimum emptorem ſeu poſſeſſorem. Negat Pinellus, & poſt eum Fachineus c. 18. Affirmativa eſt communis & vera ſententia. Probatur. Petrus habet adverſùs ultimum poſſeſſorem actionem ad reſcindendum contractum, ut fatentur adverſarii. Ergo quando Petrus non eſt ſolvendo, tenetur illam actionem cedere Petro, vel ſecundum contractum reſcindere, aut juſtum pretium exigere, & ſic fiet ſolvendo: vel ſi hoc non facit, tenetur, ut dixi, cedere actiones primo venditori.

Objiciunt. 1. Obligatio & actio quæ oritur ex contractu, eſt perſonalis: ergo non tranſit in tertium poſſeſſorem. ℞. Diſtinguendo antecedens. Eſt purè perſonalis nego: Perſonalis in rem ſcripta, concedo, & eod. modo diſtinguitur conſequens, addendo, quòd ſit ſubſidiaria in caſu poſito.

Objiciunt. 2. ex lege ff. ad Trebell. ubi §. 16. dicitur. *Neque enim æris alieni perſonalis actio fundum ſequitur, ſed eum cui hæreditas reſtituta eſt.* ℞. Vel hic eſſe ſermonem de actione directa, non de ſubſidiaria, vel ſupponi quòd debitor ſit ſolvendo.

261. QUÆRITUR. 12. An emptor poſſit meliorationes in re empta factas venditori opponere, exigendo ut illas priùs ſolvat, antequam rem recipiat. Negat Salicetus. Affirmat communis & vera ſententia. Probari ſolet ex *l. 39. §. fin. ff. de minoribus.* Verùm ex hac lege intentum non evincitur, quia Minor habet aliud remedium quo ſe poteſt indemnem ſervare, (non item emptor) abſque eo quòd fundus ei reſtituatur. Lex ità habet. [Vendentibus curatoribus minoris fundum, emptor extitit Lucius Titius, & ſex ferè annis poſſedit, longéque rem meliorem fecit. Quæro, cùm ſint idonei curatores, an minor adverſùs Titiũ emptorem in integrum reſtitui poſſit. Reſpondi, vix eſſe NB. reſtituendum, niſi ſi maluerit omnes expenſas,

quas

quas bonâ fide emptor feciſſe adprobaverit, ei præſtare: maximè cùm ſit ei paratum promptum auxilium, curatoribus ejus idoneis conſtitutis.] Ecce! in hoc caſu minor ideò adigitur ad ſolvendas expenſas, quia poteſt convenire tutores ſi nolit ſolvere expenſas: econtra emptor, niſi ſibi ſolventur expenſæ, cogitur pati damnum. At verò in caſu noſtro emptor non cogitur ullum damnum pati, etiamſi illi expenſæ non ſolvantur, quia habet optionē offerendi reſiduum juſti pretii. econtra venditor læſus cogetur invitus expenſas ſolvere, nec habet aliud mediū conſulendi læſioni quam paſſus eſt. Ergo non eſt paritas inter noſtrum caſum, & caſum legis adductæ.

Meliùs probatur ex Hypotheſi, quòd emptor ſit poſſeſſor bonæ fidei, & quia principaliter obligatur reſtituere rem emptam, lex verò illi dat electionem: ſi ergo nolit uti electionis beneficio, ſed rem ipſam reſtituere, debent illi reddi expenſæ factæ, quia debentur poſſeſſori bonæ fidei, ut probatum eſt *tomo* 1. *tract.* 3. & nemo negat.

262. QUÆRITUR 13. Si emptor eligat reſtituere rem & reſcindere contractum, an teneatur reſtituere fructus interim perceptos, reſpondentes illi pretio quod eſſet refundendum, & detractis fructibus, quos ex pretio ſoluto emptor capere potuiſſet. Affirmativam tenent graviſſimi DD. quos ſequuntur Covarr. & Antonius Gomez, *in leg. Tauri.* 70. *n.* 29. aliique, præſertim Hiſpani. Negativum tamen, quæ mihi verior videtur, tenent longè plures, & quidem ipſe Gomez vel mutavit ſententiam, vel ſibi contrarius eſt, *to.* 2. *variar. reſol. n.*24. *&* *c.* 4. *n.*21. eandem ex Iuriſtis, aliis relatis, tenet Fachineus *cap.* 24. & Arius Pinellus apud eundem. Ex Theologis verò Molina *diſp.* 349. Leſſius *dub.* 15. Sa. *n.* 2. Layman §. 1. *n.* 8. Palao §. 13. *n.* 3. Probat P. Layman ex eo, quòd ſicut ad emptorem ſpectat periculum rei, ità & fructus ſpectare debent. Sed hoc fundamentum mihi inſufficiens eſt. Nam, ut paulò ſuperiùs n. 259. vidimus, in ordine ad reſciſſionem hujus contractûs, periculum rei quoad interitum potiùs ſpectat ad venditorem, quatenus emptor liberatur, ſi ſine ſua culpa pereat.

Meliùs probatur ex cap. 11. *de rebus Eccleſ. alien.* ubi ſermo eſt de feudo infra dimidium empto, & reſtituendo, retentis fructibus. Ibi. [Quocirca mandamus, quatenus ſi prædictum Monaſterium propter hoc inveneritis enorme diſpendium incurriſſe, dictum laicum, ut (pecunia quam pro exoneratione feudi, ſeu etiam pro utilitate ipſius Monaſterii expendiſſe noſcitur, ab iiſdem Abbate & Conventu recepta, cum ſibi percepti ſufficere debeant pro labore) præfatum feudum eidem Monaſterio dimittat liberum & quietum.]

Probatur 2. Quia, ut ſupponitur, emptor poſſedit bonâ fide, neque fuit in mora, & fuit dominus rei: nihil ergo obſtat quominùs fructus lucretur, præſertim cùm venditor ſibi imputare debeat, aut infortunio ſuo, quòd ignarus valoris rei propriæ, vel neceſſitate compulſus viliùs vendiderit, nec citiùs ad reſciſſionem egerit.

Objicitur tamen pro contraria ſententia 1. & præcipuè ex lege 1. *C. ſi major factus alienationem factam ſine decreto ratam habuerit.* ℞. In caſu illius legis duplex vitium interveniſſe, ex quorum uno contractus fuit omnino nullus. nempe minoris res erat vendita abſque decreto judicis, & ſic contractus fuit nullus. deinde læſio facta eſt ultra dimidium. Quia tamen poſtea major factus ratificavit venditionem, ignarus quòd eſſet facta invalidè, conceditur emptori optio eligendi pretij ſupplementum, vel reſtitutionem rei cum fructibus: quæ electio non eſſet conceſſa, niſi ratificatio interveniſſet, ſed compulſus fuiſſet ad reſtitutionem prædii cum fructibus. Lex ita habet. [Cùm proponas, curatorem patris tui non interpoſito præſidis decreto prædium ruſticum hæredi creditoris ſeu tutori ejus deſtinâſſe venundare, eámque venditionem deceptum patrem tuum ratam habuiſſe, ſi minori pretio diſtractum eſt prædium, & inconſulto errore lapſum patrem tuum perperam venditioni conſenſum dediſſe conſtiterit, non abs re erit ſuperfluum pretium in compenſationem deduci, quod præſidis proviſione fieri convenit, cujus ſolertiæ congruum eſt, ſi diverſa pars bonam fidem non amplectatur, in arbitrio ejus ponere, an velit poſſeſſionem cum fructibus reſtituere, ità ut fœnebris pecunia cum competentibus uſuris reſtituatur.]

Objiciuntur 2. Variæ leges, in quibus res dicitur reſtituenda cum fructibus, quia reſcinditur contractus ex cauſa quæ inerat tempore contractûs. ℞. Illas leges loqui de reſciſſione ex ædilitio edicto, & actione redhibitoria, cujus natura eſt, ut omnia in priſtinum ſtatum reſtituantur, & reducantur: cujus ipſe emptor cauſa eſt, quia actor: in noſtro caſu venditor eſt actor. deinde aliæ leges loquuntur de reſciſſione contractûs ex defectu conditionis reſolutivæ, ubi fingitur res nunquam empta fuiſſe (de quibus ſuprà) quid mirum ergo, ſi res unâ cum fructibus reſtituenda eſt? Leges non eſt neceſſe adducere, quia clarum eſt, non facere ad propoſitum, & fortè adducentur infrà controv: ſequente, cùm agetur de ædilitio edicto. Eodem modo lex 5. *ff. de lege commiſſ.* nihil ad rem facit, quia venditio reſolvitur ex culpa emptoris non ſolventis debito tempore, & ideo reſolvitur contractus ac ſi res inempta fuiſſet.

263. QUÆRITUR. 14. An reſolvatur etiam jus hypothecæ, quando reſciſſo contractu reſtituit emptor rem emptam interim hypothe-

pothecæ ſubjectam. Negat Bartolus, & cum eo aliqui. Sed vera eſt ſententia affirmativa, quam tenent communiter, ut refert, & ſequitur Fachineus c. 23. Palao §. 14. n. 2. Ratio à priori eſt, quia reſciſſo contractu debet res reſtitui Venditori eo modo, quo emptor accepit, adeoque liberam. quòd autem hinc incommodetur Creditori Emptoris, per accidens eſt, nec Iuri Venditoris præjudicare debet: nam hujuſmodi periculo ſæpiùs ſe exponit, qui in re infirma pignus admittit.

Probatur 2. Retorquendo argumentum, quo unicè nititur Bartolus, ex quo apparet, quàm captioſè ſæpiùs procedant aliqui, brocardicis innixi principiis. Hypotheca, inquiunt, non ſolvi..., quoties contractus reſcinditur voluntariè, ſeu voluntate, non neceſſitate. Retorquetur, in ... am, & invertitur argumentum. Reſoluto contractu neceſſitate ſe tenente ex parte Emptoris reſolvitur etiam pignus ab Emptore impoſitum. atqui in caſu noſtro reſolvitur neceſſitate. Ergo. Majorem concedunt adverſarii, & mox probabitur. Minor probatur. Si enim voluntate reſolveretur, hoc ideo eſſet, quia eſt in electione Emptoris, vel reſcindere contractum vel ſolvere reſiduum pretii. atqui hæc eſt ſufficiens neceſſitas, nempe disjunctiva, qualis etiam eſt neceſſitas disjunctiva, quando contractus reſolvitur ex defectu conditionis reſolutivæ, quando in poteſtate Emptoris eſt ponere conditionem, vel pati, ut reſcindatur contractus: ut habetur *lege 3. ff. quibus modis pig. ſolvitur. Si res diſtracta fuerit ſic*: niſi intra certum diem meliorem conditionem inveniſſet, *fueritque tradita, & fortè Emptor antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dediſſet: Marcellus ait, finiri pignus, ſi melior conditio fuerit allata*: ſubintellige, & Emptor noluit oblatam meliorem conditionem ipſe præſtare. Confirmatur à paritate Emphyteutæ, qui ſi Canonem ſuâ culpâ non ſolvat, & Dominus prædiū repetat, hypotheca ab Emphyteuta impoſita ſolvitur: atqui ſic ſe res habet in caſu noſtro, nam nolente Emptore pretium ſupplere, venditio reſcinditur, & res vendita repetitur. Major propoſitio habetur *l. 31. ff. de pignorib.* ibi. [Item quæſiit, ſi cùm in exſolutione vectigalis (id eſt penſionis, ſeu Canonis) tam debitor, quàm creditor ceſsâſſent, & propterea pronuntiatum eſſet, fundum ſecundùm legem Domini eſſe, cujus potior cauſa eſſet? Reſpondit, ſi vectigali non ſoluto Iure ſuo Dominus uſus eſſet, etiam pignoris Ius evanuiſſe.]

264. QUÆRITUR 15. An locus ſit beneficio *leg. 2. C. de Reſ. ven.* quando venditio facta eſt cum decreto Iudicis. Negant Bartolus, & Baldus, & cum illis plures antiquiores. Rectiùs affirmant Neoterici cum non paucis antiquis, quos referunt, & ſequuntur Fachineus *c.* 20. Hunnius *q.* 43. & Harpprecht *n.* 23x. Conſtat in Minore, qui adversùs talem venditionem & læſionem reſtituitur, non obſtante Iudicis decreto, ut habetur expreſsè *in l. 11. C. de prædiis minor.* ibi. [Sive Iure interpoſito decreto venditionem vili pretio ejus poſſeſſionis, cujus vires ignorabat, fecit: juxta perpetui edicti auctoritatem in integrum reſtitutio præbetur.] Deinde à paritate Eccleſiæ. ex *cap. 3. & 6. de Empt. & vendit.* jam ſuprà relatis: nam bona Eccleſiæ non venduntur ſine decreto, & aliis ſolennitatibus.

Objiciunt. 1. Quando Iudicis decretum intervenit, excluditur omnis præſumptio fraudis & doli. Ità eſt: ſed quid tum? hæc præſumptio admittit probationem in contrarium, ſi ergo læſio probetur, & quòd etiam Iudex deceptus fuerit, & erraverit, evaneſcet illa præſumptio & veritati cedet.

Objiciunt. 2. Ex *lege 1. C. de prædijs decur. ſine decr. non alienand.* ubi dicitur, quòd interveniente decreto Iudicis futurum ſit, *ut nec immoderatus venditor* (id eſt qui inconſideratè ſine juſta æſtimatione vendat) *nec emptor inveniatur injuſtus* (id eſt, qui vel metu vel fraude ad vendendum inducat.) Ità eſt, abſterrebuntur tales, vel corrigetur error, ſed ſi fortè non corrigatur, aut abſterreantur, non dicit lex, non poſſe reſcindi contractum. Declaro exemplo. Denuntiationes præmittendæ ſunt nuptijs: cur? ut ſi fortè lateat impedimentum, manifeſtetur: & ſic abſterrebuntur habentes impedimentum. Quid ſi autem nullum manifeſtetur, & tamen ſubſit? an ſi poſtea manifeſtetur, non arguetur matrimonium nullum? utique arguetur.

265. QUÆRITUR. 16. Quonam Juris remedio venditori ultra dimidium læſo ſuccurratur. Quatuor ſunt DD. ſententiæ. Prima dicit competere Reſtitutionem in integrum ex edicto prætoris, quæ tantùm durat quadriennio, ut ſuo loco dictum eſt. *to. 1. tr. 2.* Ratio hujus ſententiæ eſt, quia hanc videtur indicare lex ipſa, dum dicit: *humanum*, id eſt, æquum eſſe. Rejicit hanc ſententiam Harpprecht, (ùt ipſe putat) evidenter: nam majores 25. annis qui neque dolo circumventi ſunt, neque metu coacti ut venderent, in integrum reſtitui non poſſunt, niſi ex ea parte edicti, quæ eſt de iis cauſis, ex quibus maiores in integrum reſtituuntur: atqui ex ea edicti parte nemo major, qui facto ſuo læſus eſt, ſed ſolùm qui neceſſaria vel probabili abſentiâ læſus eſt, reſtituitur. Nihil horum intervenit in caſu noſtro, ut ſupponitùr. Hoc argumentum videtur deſcripſiſſe de verbo ad verbum Harpprecht ex Hunnio var. *reſol, tr. 7. p. 1. q. 16.* in fine, ubi hanc ſententiam defendit, ex quo etiam potuiſſet deſcribere ſolutionem & reſponſionem ſufficientiſſimam. Reſpondetur, inquam, quòd reſtitutio detur non ſolùm propter ætatem, abſentiam, dolum vel metum, quo quis damnum paſſus eſt, ſed etiam propter errotem,

Digitized by Google

rem, per quem in captionem incidit. Sic enim ſcribit I C. in *l.* 1. *&* 2. *ff. de in integr. reſtit.* [Sub hoc titulo plurifariam hominibus vel lapſis, vel circumſcriptis ſubvenitur, ſive metu, ſive calliditate, ſive ætate, ſive abſentiâ inciderunt in captionem, ſive per ſtatûs mutationem, aut juſtum errorem.] Atqui is qui ignorans rei pretium minoris rem vendit, cùm plus valeret, aut contrà pluris emeret, cùm minus valeret, juſto errore & ignorantiâ in captionem incidit: ergo per in integrum reſtitutionem ſuccurritur. Præterea, cùm hunc auctorem legerit Harpprecht (citat enim illum & hîc & alibi infinities) non debuiſſet diſſimulare duo reliqua argumenta ejusdem, quibus probat dari reſtitutionem in integrum. 1. Eſt, quia hæc reſciſſio contra Ius commune comparata eſt, nam iure communi licebat contrahentibus ſe in pretio circumvenire. atqui reſtitutio in integrum datur, quando reſciſſio fit contra Ius commune. Ad hoc argumentum (quod refert, & non improbat Arnoldus Rath th. 121.) reſponderi poteſt ex ſuprà dictis, probabiliter nec antiquo Iure permiſſam fuiſſe circumſcriptionem ultra dimidium juſti pretii. Aliud argumentum melius affert idem Hunnius. Si quis vi coactus rem vendidit, & tradidit, competit ei actio ad reſcindendum contractum: *actione quod metûs causâ*: & hæc eſt reſtitutio in integrum: quæ intra quadriennium competit, ut alibi dictum. Itaque manet probabile, quòd hæc actio ſeu reſtitutio in integrum dari poſſit læſo ultra dimidium.

Secunda ſententia eſt, ſuccurrendum eſſe læſo ex officio Iudicis: propter verba legis 2. *auctoritate Iudicis intercedente.* ex quibus tamen verbis non evincitur intentum. Nam hæc verba ad Iudicem relata, executionem facti reſpiciunt, & ſignificare poſſunt officium Iudicis Mercenarium, quod nempe deſervit actioni intentatæ, adeoque ſupponit dari aliam actionem.

Tertia ſententia eſt, competere Condictionem ex lege. Hæc ſententia utique procederet, ſi alia actio deficeret. Verùm, mox oſtendetur, probabiliſſimè competere actionem ex vendito.

166. Quarta igitur & verior ſententia eſt, competere actionem ex vendito, quàm poſt alios defendit optimè Harpprecht, & penè ijsdem verbis Arnoldus Rath th. cit.

Probatur 1. à fortiori ex eo, quòd in actionem ex empto & vendito veniant ea omnia, quæ ex more & conſuetudine in contractu Emptionis, & venditionis obſervantur. Ergo multò magìs ea, quæ in Iure fundata ſunt. Antecedens patet ex *l.* 31. §. 20. *ff. de ædil. edicto.* ibi. *Ea enim quæ ſunt moris & conſuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire.* Reſpondet Hunnus, actionem conceſſam in *l.* 2. *C. de Reſc. vend.* tendere ad reſciſſionem contractûs, quæ non debetur ex contractu. Sed contra eſt, quia licèt non debeatur ex contractu, quâ parte juſtus eſt, debetur tamen ex eodem contractu, quâ parte injuſtus eſt: deinde non tendit determinatè ad reſcindendum contractum, ſed vel ad ſupplendum pretium, vel reſcindendum.

Objiciunt 1. In ipſo contractu nihil actum eſt de contractu reſcindendo: ergo ex ipſo contractu non poteſt agi ad contractum reſcindendum, ſicut poteſt agi, quando adjecta eſt conditio reſolutiva. ℞. Negando conſequentiam. Nam in bonæ fidei judiciis omnia præſtanda ſunt, quæ æquitas ſuadet, etiamſi de his expreſsè non convenerit. *Inſt. de obligat. ex conſenſu.* ibi. [Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præſtare oportet: cùm alioqnin in verborum obligationibus alius ſtipuletur, alius promittat.] & §. 30. J. de act. [In bonæ fidei judiciis libera poteſtas permitti videtur Iudici ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat.] Atqui Venditor eſt actor, & Emptor debet reſtituere defectum pretii, niſi malit reſtituere rem. Ergo hoc etiam in actionem ex vendito venit.

Objiciunt 2. Actio ex empto & vendito introducta eſt ad confirmandum contractum. ergo non ad reſcindendum. ℞. Negando conſequentiam, vel diſtinguendo conſequens. Non eſt ad reſcindendum introducta ex fine primario principali & directo concedo. ex ſecundario, & indirectè ac per conſequentiam, nego conſequentiam. Sicut Philoſophi dicunt, Alterationes eſſe primariò intentas ad generationem, ſecundariò verò & per conſequentiam ad corruptionem. Porrò, actionem ex vendito aliquando dari ad reſcindendum contractum, certiſſimi Iuris eſt, & patet ex dictis, quando contractus eſt celebratus ſub conditione reſolutiva. *l.* 6. §. 1. *ff. de contrah. empt.* ſuprà relata. Idem conſtabit ex dicendis ſeq. Contr. *de ædilitio edicto, & actione redhibitoriâ*; nam redhibitio aliud non eſt, quàm reſciſſio emptionis, quâ fit, ut venditor rem ſuam recipiat, & pretium reddat: hæc autem redhibitio petitur actione ex empto. *l.* 11. §. 3. *ff. de actionib. empti. Redhibitionem quoque contineri empti Iudicio & Labeo, & Sabinus putant, & nos probamus.*

CON-

CONTROVERSIA XXV.

De Reſolutione Contractus Emptionis ex ædilitio Edicto, *ubi: de actione* Redhibitoria, & Quanto minoris.

SUMMARIUM.

Res empta eſt ſine vitio præſtanda. 267.
Refertur Edictum ædilitium. *eod.*
Redhibitoria actio quæ. 268.
Æſtimatoria quæ. *eod.*
Redhibitoria quando habeat locum. *eod.*
Quomodo diſtinguatur morbus à vitio. 269.
Quanto tempore hæ actiones durent. 270.
An ad eoſdem effectus dentur actiones Civiles. 271.
An illa actio Civilis, quæ datur, ſit perpetua, & quomodo leges conciliandæ. *eod.*
An vitia animi dent locum Edicto ædilitio, vel ſola vitia corporis. 272.
Cùm ſit in arbitrio Emptoris, an actione redhibitoriâ, *vel* quantò minoris *experiri velit, an unâ electâ, ſi ſuccumbat, aliam eligere poſſit.* 273.
Si res ab Emptore fuit redhibita Venditori, ſed Venditor eſt in mora in redditione pretii, quâ actione conveniri poſſit. 274.

267. EST apud Iuris Interpretes Regula, quòd res vendita ſit ſine vitio præſtanda: in quem finem duæ ſunt actiones proditæ: (quibus alii addunt actionem in factum) *Redhibitoria*; *Quanto minoris.* Pro quarum intelligentia

Sciendum eſt, extare lib. 21. ff. titulum 1. *de ædilitio edicto, & Redhibitione, & Quanti minoris.* ibique referri Edictum *ædilium*, quod licèt ſolùm conceptum ſit de Jumentis, & Servis, extenſum tamen poſtmodum eſt ad alia, unde Labeo ſcribit, *Edictum ædilium Curulium de Venditionibus rerum eſſe, tam earum quæ ſoli ſunt, quàm earum quæ mobiles aut ſe moventes.* Ipſum autem edictum ſic habet. [Qui mancipia vendunt, certiores faciant Emptores, quid morbi, vitiive cuique ſit, quis fugitivus, errove ſit, noxave ſolutus non ſit. Eadémque omnia, cùm ea mancipia veniunt, palàm & rectè pronuntianto. Quod ſi mancipium adversùs ea veniſſet, ſive adversùs quod dictum promiſſumve fuerit, cùm veniret, fuiſſet: quod ejus præſtari oportere dicetur, Emptori, omnibúsque ad quos ea res pertinet, judicium dabimus, ut id Mancipium redhibeatur.]

268. Ex hoc Edicto duæ actiones oriuntur: *Redhibitoria*, & *Æſtimatoria*, ſeu *Quanto minoris.* *Redhibitoria* actio dicitur, quâ agitur ad redhibendam ſeu iterum habendam, hoc eſt recipiendam rem venditam, & ad reſtituendum pretium.

Æſtimatoria actio eſt, quâ Emptor agit ad hoc, ut, *quantò pluris emiſſet, in id Venditor ſibi damnetur.* Clarius, ut venditor refundat, quantò minoris emiſſet, ſi de vitio conſtitiſſet.

Redhibitoria itaque tunc locum habebit, quando vitium eſt ejusmodi, ut ſi ab Emptore fuiſſet cognitum, res non fuiſſet empta, ne quidem minore pretio, quia fortaſſè nihil ad finem Emptoris ſervire potuiſſet. Æſtimatoria verò tunc locum habebit, quando cognito vitio fuiſſet quidem res empta, ſed minore pretio.

His actionibus convenitur venditor, etiamſi ignoravit vitium, ità tamen, ut ad intereſſe non teneatur, niſi ſua culpa interveniſſet. Quòd autem teneatur reddere pretium, & rem venditam recipere, colligitur ex §. 1. *l.* 1. *ff. h. t.* ubi dicitur. *Neque enim intereſt Emptoris, cur fallatur, ignorantiâ Venditoris, an calliditate.* Quòd autem non teneatur ad intereſſe, colligitur per argumentum à contrario ſenſu, ex *l.* 1. *C. de ædilib. act.* [Si non ſimpliciter, ſed conſilio fraudis ſervum tibi neſcienti fugitivum, vel alio modo vitioſum quis vendidit, isque idem fugitivus abeſt, non ſolùm in pretium ſervi Venditorem conveniri, ſed etiam NB. damnum quod per eum tibi accidit, Judex præſtare jubebit.] Occaſione hujus Edicti

269. QUÆRITUR 1. Quandoquidem in Edicto fit mentio disjunctiva *Morbi vitiive*, quomodo diſtinguatur morbus à vitio, & an ad præſens inſtitutum interſit eſſe morbum, aut vitium. Gellius lib. 4. c. 2. ſcribit diſcrimen in eo conſiſtere, quòd *Vitii* nomen ſit generale, *Morbi* verò ſpecificum, nempe eſſe imbecillitatem corporis, vel partis illius, quæ penitus rei uſum adimat, ut eſt cæcitas. Vitium verò prout eſt ſpecies diſtincta à Morbo, eſt, ſi unius partis corruptio non proveniat ex imbecillitate ejus partis, neque ejus partis uſum penitus auferat, ut ſi quis blæſus aut balbus ſit, ſi equus ſit calcitroſus aut mordax. Alii volunt in eo differre, quòd vitium ſit perpetuum, morbus autem acceſſu, aut receſſu varietur. Ità habetur l. 101. §. 2. ff. de V. S. [Verum eſt, morbum eſſe temporalem corporis imbecillitatem, vitium verò perpetuum corporis impedimentum, veluti ſi talum excuſſit; nam & luſcus utique vitioſus eſt.] Cæterùm, quæcunque ſit differentia (de quo Medici viderint) ad præſens inſtitutum nihil intereſt, ut patet ex textu. Exempla bujusmodi defectuum recenſet Arnoldus Rath th. 125. v. g. ſi quis emerit carnes morboſi animalis, aut piſces fætidos, herbas peſtiferas, panem, aut vinum corruptum, vel etiam libros mendoſos, multùm falſos, aut aliàs imperfectos.

270. QUÆRITUR 2. Quanto tempore hæ actiones durent. ℞. Actionem redhibitoriam durare per ſex menſes, Iure communi. Quanto minoris per annum. *l.* 2. *C. de ædilit. actionib.* ibi. *Etenim Redhibitoriam actionem ſex men-*

menſium temporibus, vel quanto minoris anno concludi manifeſti Iuris eſt. Ratio diſcriminis aſſignari ſolet, quòd poſterior ſit minùs odioſa, utpote non tendens ad reſciſſionem omnimodam Contractûs, ſed ſolùm quoad exceſſum pretii, & ideo longiùs durat.

271. QUÆRITUR 3. An ad eosdem effectus dentur actiones civiles, ſaltem de Jure communi. Reſpondent Interpp. communiter affirmativè, prout jam paulò ante ſuppoſui, & probavi ex lege 11. §. 3. *ff. de act. empti.* ibi dicitur, redhibitionem actione ex empto peti: quod idem de act. *quantò minoris* habetur l. 13. pr. eod. [Julianus l. 13. inter eum qui ſciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morboſum, aut tignum vitioſum vendidit, ſiquidem ignorans fecit, id tantùm NB. ex empto actione præſtaturum, quantò minoris eſſem empturus. Si ità eſſe ſciviſſem. ſi verò ſciens, &c.] Atqui actio ex empto eſt actio civilis, & perpetua. Ergo, &c.

Dicet aliquis: ſi ad eosdem effectus, & ex eadem cauſa datur actio civilis, quid opus erat ædiles curules edicere, & dare actionem redhibitoriam? Reſpondet poſt alios Ant. Perez *in Cod. h. t. n. 8.* non eſſe novum, Prætorem edicere de re, ad quam etiam detur actio Iure civili, ut de commodato, de depoſito. *l. 1. ff. commod. & l. 1. ff. depoſ.* quia Prætor non ſemper emendat Ius civile, ſed & aliquando adjuvat & confirmat. *l. 7. §. 1. ff. de Iuſt. & J.* ibi. *Adjuvandi, vel ſupplendi, vel corrigendi gratiâ.*

Replicabis. Si datur actio civilis ad hos effectus, hæc actio erit perpetua: hoc autem apertè repugnat legi 2. C. h. t. ut paulò antè retuli: ubi Imperator Gordianus pro certo ſupponit, ad tales effectus non dari niſi actionem temporalem. [Cùm proponas, inquit, ſervum, quem pridem comparâſti, poſt anni tempus fugiſſe, quâ ratione eo nomine cum Venditore ejusdem congredi quæras, non poſſum animadvertere. Etenim redhibitoriam actionem ſex menſium temporibus, vel quanto minoris anno concludi, manifeſti Iuris eſt.] Difficile profectò eſt hæc conciliare. Ant. Perez, & Henr. Zæſius pro certo ſupponunt, actionem civilem, de qua fit mentio in adductis legibus, eſſe perpetuam: addunt tamen differre ab ædilitia actione, quòd illa ſolùm detur in ſimplum. ædilitia verò in duplum, ſi Venditor ſit contumax in ſolvendo pretium & acceſſionem, ut habetur *lege. 45. ff. h. t.* Per hoc tamen non enervatur difficultas: non enim debuiſſet Imperator ità categoricè reſcribere, ſe non animadvertere, quomodo poſſit venditor conveniri poſt annum, quandoquidem poſſet conveniri in ſimplum. Itaque tolerabilior (quamvis non abſque ſcrupulo) eſt reſponſio Ant. Rath. Negando, quòd illa actio civilis ex empto ad effectum redhibitionis, aut quantò minoris ſit perpetua: amplectitur quidem latitudine & ambitu ſuo actiones ædilitias, ſed cum ſuis qualitatibus, quales edicto propoſitæ fuerunt, adeoque eâdem conditione, iisdem legibus, & causâ, agi poteſt actione ex empto, quæ edicto ædilium conſtitutæ ſunt, ut ultra annum agi nequeat. Pro quo advertendum, hoc tempus non in ſola lege 2. *C. h. t.* ſed in Digeſtis quoque poſitum fuiſſe in *l. 19. §. fin. ff. h. t. Tempus autem redhibitionis ſex menſes utiles habet: ſi autem mancipium non redhibeatur, ſed quanto minoris agitur, annus utilis eſt.* & l. 38. idem ponitur in ipſo edicto. Hæc de Iure communi. Quid Ius Bavaricum ſpeciale ſtatuat circa equos, videatur tit. 6. art. 4.

272. QUÆRITUR 4. An vitia animi dent locum edicto ædilitio, vel ſola vitia corporis. Schardus & Caballinus putant, ob vitia animi in jumentis eſſe locum edicto, non item ob vitia animi in Mancipiis. Univerſim negandum eſt, ob vitia animi dari actionem ex ædilit. edicto. ob legem 4. §. 3. & 4. *ff. h. t.* [Idem Pomponius ait, quamvis non validè (puto legendum *valdè*) ſapientem ſervum venditor præſtare debeat, tamen ſi ità fatuum vel morionem vendiderit, ut in eo uſus nullus ſit, videri vitium, & videmur hoc Iure uti, ut vitii morbique appellatio non videatur pertinere niſi ad corpora, animi autem vitium ità demum præſtabit Venditor, ſi promiſit, ſi minus, non: & ideo nominatim de errone & fugitivo excipitur. hoc enim animi vitium eſt, non corporis. unde quidam jumenta pavida & calcitroſa morboſis non eſſe adnumeranda dixerunt, animi enim, non corporis hoc vitium eſſe.] §. 4. [In ſumma, ſi quidem animi tantùm vitium eſt, redhiberi non poteſt, niſi ſi dictum eſt, hoc abeſſe, & non abeſt: ex empto tamen agi poteſt, ſi ſciens id vitium animi reticuit: ſi autem corporis ſolius vitium eſt, aut & corporis & animi mixtum vitium, redhibitio locum habebit.]

273. QUÆRITUR 5. Cùm ſit in arbitrio emptoris, utrum experiri velit actione redhibitoriâ, an quanto minoris, utrum ſi unam elegerit, & ſuccubuerit, poſſit alteram eligere. ℞. Ex communi Interpret. negativè, per textum legis 25. §. *ff. de except. rei judic.* ibi. *Quare verè dicetur, eum qui alterutrâ earum egerit, ſi altera poſtea agat, rei judicatæ exceptione ſubmoveri.* Si tamen ideo illi denegetur actio redhibitoria, quia ſex menſes effluxerunt, non impeditur inſtituere actionem, *quanto minoris.* ut habetur l. 48. §. 2. ff. h. t. *Non nocebit Emptori, ſi ſex menſium exceptione redhibitoriâ excluſus, velit intra annum æſtimatoriâ agere.*

274. QUÆRITUR 6. Si res ab Emptore fuit redhibita Venditori, ſed Venditor eſt in mora quoad redditionem pretii, quâ actione Emptor convenire poſſit Venditorem. ℞. Dari actionem in factum. *l. 31. §. 17. ff. h. t. In factum*

Digitized by Google

actio competit ad pretium recuperandum, ſi mancipium redhibitum fuerit. Sed an hæc actio ſit perpetua dubitatum fuit. Negat Treutlerus, ſed rectiùs cum Durando affirmat Hunnius *th. 4. q. 15.* quia non eſt actio pœnalis, ſed rei perſecutoria: hujusmodi autem actiones quantumvis prætorias eſſe perpetuas colligitur ex tit. *Inſt. de perpet. & temporalib. act.* Neque in hac actione militat illa ratio ob quam ædilitiæ actiones duæ ſint temporales, nempe quia ſunt reſciſſoriæ, & tendunt ad actum Iure civili validum reſcindendum, non item actio in factum quæ ſupponit jam actum reſciſſum. Vnde in cit. §. eleganter additur. *In qua* (actione) *non hoc quæritur, an mancipium in cauſa redhibitionis fuerit, ſed hoc tantùm, an ſit redhibitum.*

CONTROVERSIA XXVI.

Quænam Monopolia ſint licita, vel illicita.

SUMMARIUM.

Monopolia unde dicantur, & quomodo inſtitui poſſint. 275.
Refertur Conſtitutio Zenonis. C. de Monopoliis. eod.
An Monopolæ poſſint licitè conſpirare, ut nemo eorum vendat niſi pretio ſummo. 276.
An illicitum ſit emere tempore opportuno merces alicujus certæ ſpeciei, in maxima quantitate, pretio vili, tunc currente, ut poſtea cogantur alii emere pretio majore. 278.
An obliget pactum artificum, ut nulli liceat abſolvere opus ab alio inchoatum. 279.

275. Monopolium, vox græca, ſignificat Unius in Civitate, vel Provincia venditionem. unde qui talem venditionem ſolus exercet *Monopola* dicitur. Poſſunt autem plures per modum unius inſtituere Monopolium, ut illi ſoli certam mercem vendant, quodſi propriâ & privatâ auctoritate liceret, Reipublicæ pernicioſum eſſet, unde Conſtitutio Zenonis emanavit, quæ ſic habet in *C. de Monopoliis.*

[Jubemus, ne quis cujuscunque veſtis, vel piſcis, vel pectinum fortè, aut echini, vel cujuslibet alterius ad victum, vel ad quemcunque uſum pertinentis ſpeciei, vel cujuslibet materiæ pro ſua auctoritate, vel ſacro jam elicito, aut in poſterum eliciendo Reſcripto, aut pragmaticâ ſanctione, vel ſacrâ noſtræ pietatis adnotatione Monopolium audeat exercere, neve quis illicitis habitis conventionibus conjuret, aut paciſcatur, ut ſpecies diverſorum corporum negotiationis non minoris, quàm inter ſe ſtatuerint, venundentur.]

Quâ tamen Conſtitutione nihil ampliùs obſtante, de facto Principum auctoritate, bono publico id exigente, inſtituta videmus Monopolia, quando alioquin merx aliqua deficeret in provincia, niſi Monopolium concederetur quibuſdam, qui ſe obligant ad providendum, juſto tamen pretio, & à Magiſtratibus approbando. Quo etiam refertur Privilegium quod ſolet Typographis, ſeu illis qui ſuis ſumptibus curant imprimi libros, concedi, ut ſub certa pœna nemini liceat v. g. intrà Imperium, & intra certos annos ejuſmodi librum recudere, alioquin pauci forent, qui vellent cum periculo maximæ jacturæ ſumptus ſubminiſtrare.

276. QUÆRITUR 1. An Monopolæ poſſint licitè conſpirare, ut nemo eorum vendat niſi pretio ſummo. Negant Navarrus, uterque Medina, Armilla, Sylveſter, Valentia, Rebellus & alii, quos refert & ſequitur Palao p. 34. n. 4. Affirmant Petrus Navar. Molina, Leſſius, Bannez, Arragon, nec improbant Salas & Lugo, quibus aſſentior, tum quia adverſarii nullo ſolido fundamento nituntur, tum ob hanc poſitivam rationem. Quod unusquiſque per ſe, nullo alio ſuadente aut in pactum deducente poteſt licitè facere, hoc poteſt alius absque injuſtitia in ſuum commodum, eſto cum alterius incommodo, illi ſuadere, imò in pactum deducere. Atqui quivis Mercator poteſt licitè res ſuas vendere pretio ſummo: ergo poſſunt alii reciprocâ obligatione id in ſuum commodum in pactum deducere. Major propoſitio declaratur in exemplis. Quia mihi licitum eſt vendere vel Petro, vel Paulo meum equum, non peccat Petrus, ſi mihi perſuadeat, ut potiùs ipſi quàm Paulo vendam. hoc certè faciunt & paciſcuntur Caupones cum Piſcatoribus & Venatoribus. Aliud exemplum eſt in Cauſidicis celebrioribus, qui à quibuſdam Prælatis ſeu Potentibus certa accipiunt ſalaria, ut nemini contra ſe ſerviant.

Objiciunt adverſarii. Reſpublica videtur habere jus, ne hoc faciant Mercatores in privatorum incommodum, qui ſperant viliori pretio ſe empturos à quibusdam. ℞. Hoc eſſe petere principium, & eludi contrario, *non videtur.*

277. Urget Caſtro Palao. Quia talis conſpiratio eſt contra legem Zenonis: Ergo eſt iniqua. atqui reſpublica habet jus, ne iniquis mediis adigantur ad pretium ſummum: ergo, &c. ℞. Hoc eſſe extra caſum. Loquimur enim & diſputamus de caſu, quo qui Monopolium exercent, id licitè, & publicâ auctoritate muniti exercent. Quando autem illis datur facultas, & nullum certum pretium præſcribitur, relinquitur illis liberum, taxare pretium. Et ſanè hoc ſæpè eſt neceſſarium, alioqnin difficulter exercerent Monopolium, quia lucrum eſſet exiguum, eò quòd poſſent viliùs vendendo eò deduci, ut omnes vili pretio vendere cogerentur, & ſic à Monopolio (quod cæteroquin ſuppo-

Digitized by Google

ſupponitur eſſe utile Reipublicæ) abſterreteniur.

Advertendum tamen eſt, per pretium ſummum intelligi illud, quod erat ſecluſo omni Monopolio, non autem illud, quod inducto Monopolio poſſet cenſeri jam eſſe majus.

278. QUÆRITUR 2. An illicitum ſit emare tempore opportuno merces alicujus certæ ſpeciei in maxima quantitate, pretio vili tunc currente, ut poſtea cogantur alii emere pretio majore, ob defectum mercis ab aliis comparabilis. Diſſentiunt iterum AA. ſicut in priori. Et conſequenter dicendum videtur, tali ratione non peccari contra Iuſtitiam (an contra Charitatem, non pertinet ad hunc locum examinare) ut patet exemplo Ioſephi in Ægypto practicato. Et ratio eſt, quia talis utitur jure omnibus communi in coëmendo, & vendendo, dummodo ſervet illam taxam pretii, quæ erat intra terminos pretii juſti, etto ſummi, quod erat, cùm ille emeret pretio vili, & non excedat ideo, quaſi jam ipſe coëmendo induaiſſet raritatem mercis, & ſic variatum eſſet pretium.

279. QUÆRITUR. 3. An licitum & obligatorium ſit pactum, quo artifices inter ſe paciſcuntur, ut nulli liceat abſolvere aut perficere opus aut artificium ab alio inchoatum; quod ſolet fieri in eum finem, ut is qui tali opere indiget, cogatur ſolvere quod exigetur ab inchoante. ℞. Hoc eſſe prohibitum in dicta lege, ab Imp. Zenone. [Ædificiorum quoque artifices, aliorumque diverſorum operum profeſſores & balneatores, penitus arceantur pacta inter ſe componere, ut ne quis quod alterum commiſſum eſt opus, impleat, aut injunctam alteri ſollicitudinem alter intercipiat: datâ licentiâ unicuique ab altero inchoatum & derelictum opus per alterum ſine aliquo timore diſpendii implere, &c.] Cæterùm, quando aliquis artifex non ex pacto, ſed ex alio reſpectu non vult perficere opus ab alio inchoatum, non facit contra hanc legem.

CONTROVERSIA XXVII.

Negotiari quouſque Clericis & Religioſis ſit interdictum.

SUMMARIUM.

Referuntur Canones, quibus negotiatio Clericis prohibetur. 180.
An peccent mortaliter Clerici negotiando. 181.
An comprehendantur Clerici in ſacris necdum conſtituti, ſed habentes competens beneficium. 282.
An ſit Negotiatio prohibita, emere pecora ſaginanda in ſuis prædiis. 283.
Decretum Congregationis. 7. c. 84. *Societ. IESV.* 284.
An licitum ſit Clericis per alium negotiari. 285.
An liceat Clericis negotiari urgente neceſſitate. eod.

280. PRo coronide hujus Capitis & contractûs emptionis, breviter aliquid addere placuit de negotiatione, quæ dicitur exerceri à mercatoribus, rem emptam, & in ſe nihil immutatam, iterum ſed cariùs vendentibus, prout definitur negotiatio Clericis prohibita can. 11. diſt. 88. prope medium. [Quicunque rem comparat, non ut ipſam rem integram & immutatam vendat, ſed ut materia ſibi ſit inde aliquid operandi, ille non eſt negotiator. Qui autem NB. comparat rem, ut illam ipſam integram & imutatam dando lucretur, ille eſt mercator, qui de templo Dei ejiciatur.] Id eſt, qui non eſt dignus Clericatu, & qui ſerviat altari.

Itaque in canone 2. ead. diſt. Gelaſius Papa ſic ſcribit: [plurimos Clericorum negotiationibus inhoneſtis & lucris turpibus imminere, nullo pudore cernentes evangelicam lectionem, quâ ipſe dominus negotiatores è templo verberatos flagellis aſſeritur expuliſſe, nec Apoſtoli verba recolentes, quibus ait:] Nemo militans Deo implicat ſe negotiis ſæcularibus, &c. [Proinde hujuſmodi aut indignis poſt hac quæſtibus noverint abſtinendum, & ab omni cujuſlibet negotiationis ingenio vel cupiditate ceſſandum, aut in quocunque gradu ſint poſiti, mox à Clericalibus officiis abſtinere cogantur: quoniam domus Dei domus orationis & eſſe debet & dici, ne per officia negotiationis potiùs ſit latronum ſpelunca.]

Deinde in cap. *Secundùm. ne Clerici vel Monachi.* ait Pontifex: *Sub interminatione Anathematis prohibemus, ne Monachi vel Clerici cauſâ lucri negotientur.*

Imponuntur deinde hujuſmodi negotiantibus pœnæ excommunicationis, ſuſpenſionis, depoſitionis ferendæ ſententiæ, & aliæ pœnæ: quas innovat Tridentinum *ſeſſ.* 22. *cap.* 1. non quidem in ſpecie, ſed in genere, quatenus impoſitæ ſunt qui non obſervant debitam Clericorum honeſtatem.

281. QUÆRITUR 1. An hujuſmodi negotiatio ab his perſonis exercita, ſit peccatum mortale, ſecluſo ſcandalo, & antecedenter ad monitionem. Negat Cajetanus v. Clericus. in ſua ſumma, & conſentit Rodriq. to. 2. c. 1. n. 2. dummodo negotiatio non ſit turpis. Affirmant ſemper eſſe mortale, ſi vel ſemel fiat, Azor *to.* 2. *lib.* 8. *c.* 2. *q.* 5. & Palao *tr.* 16. *de Relig. diſp.* 4. *p.* 13. §. 3. *n.* 6. Sed mediâ viâ cum pleriſque incedendum eſt, unum alterúmque actum, niſi exerceretur in maxima quantitate, non eſſe materiam gravem: quia (inquit Lugo) jura videntur loqui ferè ſemper de Clerico exercente negotiationem, & illi inſiſtentem, & inde victum quærentem, &c. Ita Leſſius dub. 2. n. 4. Salas dicit, non fore mortale, ſi ſemel aut iterum

libros, cruces vel reliquiaria (addo lapillos Foyenſes) occultè emat, ut cariùs vendat, quia hæc non videtur gravis indecentia. quod idem docet Turrianus & Filliucius, nec improbat Lugo.

182. QUÆRITUR 2. An negotiationis prohibitio comprehendat etiam Clericos necdum quidem Sacris initiatos, ſed tamen habentibus Beneficium ſufficiens ad ſuſtentationem. Negant aliqui. Sed communis ſententia affirmat, & meritò. Nam de his procedit tota ratio Conciliorum & Pontificum, quia tenentur ad obſequia Eccleſiæ præſtanda, ad horas Canonicas recitandas, &c. Quos proinde dedecet ſpecialiter inhiare lucro per merces comparatas, eas cariùs vendendo.

183. QUERITUR 3. An ſit negotiatio prohibita, emere pecora, quæ deinde in ſuis paſcuis alant, educent, & ſaginata vendant. ℞. Negativè, tum quia res empta mutatur, tum quia hoc in effectu aliud non eſt, quàm vendere ſua paſcua, & ſuorum agrorum fructus. Multò magis poſſunt habere greges ovium, &c. ut lac, lanam, fœtus vendant. Conducere tamen alienos agros, ut fructos vendant, etſi non ſit negotiatio, eſt tamen iiſdem prohibitum ex iiſdem cauſis in Concilio Carthaginenſi I. & IV. ut refertur in c. 21. q. 3. c. 1. idémque eſſet, ſi greges alienos conducerent in hunc finem, ut lanam, lac, caſeum venderent, & quidem turpis lucri gratiâ: ſed ſi verba cap. 1. (quod Palea inſcribitur) ponderentur, multæ circumſtantiæ intervenire debent. Placet referre textum, ut appareat, quo Zelo tunc temporis Eccleſia Clerum coërcuerit. [Pervenit in ſanctam Synodum, quia de eis qui in Clero connumerantur quidam propter turpis lucri gratiam alienarum poſſeſſionum conductiones, & ſæculares cauſas ſuſcipiunt: & ſcipſos quidem à miniſteriis Sanctis per deſidiam ſeparant, ad domus autem ſæcularium concurrunt, & ſubſtantiarum eorum gubernationes avaritiæ causâ ſuſcipiunt. Decrevit igitur S. Synodus, neminem deinceps eorum, hoc eſt, non Epiſcopum, ſive Clericum, aut Monachum conducere poſſeſſiones, aut miſceri ſæcularibus procurationibus: niſi fortè qui legibus ad minorum ætatum tutelas ſive procurationes inexcuſabiles attrahantur: aut cui ipſius civitatis Epiſcopus Eccleſiaſticarum rerum commiſerit gubernacula: vel Orphanorum aut viduarum, quæ indefenſæ ſunt, aut earum perſonarum, quæ maximè Eccleſiaſtico indigent adminiculo propter timorem Dei. Si quis verò tranſgreſſus fuerit hæc ſtatuta, correctioni Eccleſiaſticæ ſubjaceat.]

184. Referre quoque hîc placet, quod in Societatis noſtræ Congreg. 7. c. 84. habetur. [Cùm poſtulatum eſſet, quænam eſſent illa, quæ Negotiationis ſpeciem habent, à quibus noſtri juxta can. 25. Congregationis, 2. abſtinere jubentur: Cenſuit Congregatio, varia illa eſſe, neque omnia recenſeri poſſe. Inter alia tamen numerari hæc poſſe. 1. Conducere agros alienos, ut ex illis lucrum & quæſtum facias. Non tamen habere ſpeciem negotiationis, eos conducere ad prædiorum noſtrorum adminiſtrationem, vel animalium noſtrorum ſuſtentationem. 2. Emere aliqua, ut noſtrâ poſtea induſtriâ cariùs vendantur. Emere tamen animalia ad prædiorum noſtrorum paſcua conſumenda, quæ poſtea divendantur, non cenſuit negotiationis ſpeciem habere: ſicut nec emere quæ putantur uſibus noſtrorum neceſſaria, quæ ſuperflua poſtea vendantur. 3. Typographiæ ſumptus pro edendis noſtrorum libris ſuppeditare, exemplàque damno lucróque noſtro divendenda accipere. Quæ res licèt abſolutè negotiatio Clericis interdicta non ſit, noſtris tamen videtur omnino interdicenda, nec niſi graviſſimas ob cauſas à P. N. permittenda. 4. Typographiam in Collegiis habere, in qua libri excuſi externis divendantur. In utraque tamen India, partibúſque Septentrionalibus pro libris piis, & ad Religionem ſpectantibus, Scholarúmque noſtrarum, cùm vel Typographi deſunt, vel Catholici deſunt, judicio P. Noſtri rem totam committendam cenſuit.]

185. QUÆRITUR 4. An ſaltèm licitum ſit Clericis per alium negotiari, dando illi pecunias, quas unâ cum ſuis adhibeat ad lucrum negotiatione quærendum. ℞. cum communi Theologorum, hoc non fore contra leges Eccleſiaſticas, ſi negotiationis cura & labor ità alteri committatur, ut Clericus nihil impediatur à ſuo miniſterio, & ſcandalum abſit. ceſſante enim fine legis ceſſat obligatio Legis. Cæterùm, monent iidem Theologi, non debere hoc fieri niſi urgente gravi & juſtâ causâ.

Unde à fortiori infertur, licere Clericis & Religioſis negotiationem urgente neceſſitate: qualem putat Molina eſſe illorum Religioſorum, qui in Braſilica regione attendunt ad converſionem Gentilium, & qui rebus variis indigent ex Hiſpania adportandis, nec tamen habent ibi pecunias, nec pecunias mittere poſſunt idoneas, unde neceſſe eſt, mittere merces, quæ in Hiſpania vendantur, & ex pecunia res neceſſariæ emantur. Colligitur hoc ipſum ex cap. 8. *de Decimis*, ubi Monachi conductos habebant agros, nec tamen habere prohibentur, ſed decimas ſolvere jubentur. Imò in Concilio Elibertino cap. 19. permittitur Clericis in neceſſitate negotiari per ſe intra Provinciam, per alios extra. Ratio eſt, quia lex humana non debet in tali caſu obligare, quando res ex natura ſua non eſt inhoneſta. Unde non ſolùm ob propriam neceſſitatem, ſed etiam pupilli viduæ, alteriusque perſonæ miſerabilis, ut aliis relatis tradit Palao l. c. & Molina d. 342.

CAPUT

Digitized by Google

CAPUT II.

DE CONTRACTU CENSUALI, SEU REDITUUM ANNUORUM.

Contractus Cenſualis eſt certa ſpecies Emptionis, & ideo poſt Emptionem in genere explicatam tractandus. Hæc ſpecies non erat in uſu, cùm Ius Civile conderetur, ſed poſtmodum inventa, & quia in ea verſari poterat periculum Uſuræ, hinc factum eſt, ut ab Eccleſiaſtico Iure Regulas acciperet, ſecundùm quas eſt examinanda. Porrò, ex iſto Contractu ſeu mutua duorum conventione, naſcitur in uno IUS, quod vocatur Cenſus, & in altero obligatio aliquid ſolvendi ſingulis annis, quod etiam ſolet vocari Cenſus. ſed ad cavendam æquivocationem, Jus exigendi vocabitur Cenſus Activus, & res ſolvenda vocabitur Cenſus Paſſivus, vel annui reditus. ſicut in 2. tract. diſtinximus Jus Activum à Iure Paſſivo.

CONTROVERSIA I.

Quid ſit Cenſus, prout hoc loco diſputatur, & quotuplex.

SUMMARIUM.

Variæ acceptiones Cenſûs. 286.
Definitio Cenſûs hoc loco diſputandi. 287.
Differentia inter Cenſum & Emphyteuſin. 288.
An valeat Pactum Commiſſorium Cenſui adjectum. 289.
Aliud diſcrimen inter Cenſum & Emphyteuſin. 290.
Diviſio Cenſûs in Reſervativum & Conſignativum. 291.
Cenſui Reſervativo cur poſſit pactum commiſſorium apponi. eod.
Subdiviſio Cenſûs conſignativi in Realem & Perſonalem. 292.
An pereunte re cenſitâ, pereat cenſus realis. 293.
Si res cenſita tranſeat ad tertium Poſſeſſorem, an competat Cenſualiſtæ actio. eod.
Si Cenſus conſtitutus ſit in tribus prædiis ad diverſos pertinentes, an poſſint ſinguli conveniri pro integro Cenſu. eod.
Subdiviſio Cenſûs conſignativi in Fructuarium, & Pecuniarium. 294.
Subdiviſio in Cenſum certum, & incertum. eod.
Subdiviſio in Temporalem & Perpetuum. eod.
Si in Contractu nihil eſt expreſſum, an ſit Redimibilis, qualis ſit præſumendus. 295.
An Cenſus debeat numerari inter bona immobilia. 296.

286. Variæ ſunt acceptiones Cenſûs: aliquando enim Cenſus eſt æſtimatio patrimonii, in hunc finem facta, ut inde annuum tributum ſolvatur, de quo cenſu exſtat titulus 15. libri 50. Digeſtorum, & ejus diſcuſſio pertinet ad Ius Publicum. Aliquando ſumitur pro Tributo ſolvendo in recognitionem Subjectionis, Iurisdictionisve alterius. Omitto alias acceptiones, quæ minùs ſunt in uſu.

287. Cenſus hoc loco eſt *Jus percipiendi annuam penſionem ex re vel perſona alterius.* Qui tale Jus habet, vocatur *Cenſualiſta*, qui verò penſionem debet, vocatur *Cenſuarius*, qui in hoc Contractu eſt Venditor, quia vendit Cenſualiſtæ Ius exigendi annuam penſionem. Communiter vocari ſolet alter *Creditor*, alter *Debitor*, & eſt modus loquendi expeditus.

Porrò, ſi penſio debetur ex aliqua re, v. g. ex fundo, dominium tam directum, quàm utile eſt penes Cenſuarium, & non penes Cenſualiſtam. & in hoc differt ab Emphyteuſi, ubi Dominium directum manet penes illum cui penſio debetur. Hæc ergo differentia exprimitur per particulam: *Alterius.*

288. Alia adhuc notabilis differentia eſt inter Cenſum & Emphyteuſin, quæ tamen in definitione non exprimitur. Nempe, quòd quando Emphyteuta biennio (ſi ſit Eccleſiæ) vel triennio (ſi ſit ſæcularis) non ſolvit Canonem, incidat in commiſſum, emittàtque utile dominium, quod ad Proprietarium revertitur: non item ſi Cenſuarius non ſolvat: manet enim Dominus, ut antè, & ſolùm tenetur ſolvere penſiones exſtantes. arg. *cap. 6. de Religioſ. domib.* in fin. ibi. [Cùm autem nec inſolitum ſit, nec novum ut cùm Epiſcopi Eccleſias conceſſerint piis locis, aliquid ſibi reſervent in eis nomine penſionis, &c. Oeconomum Monaſterii veſtri Oe-

 conomo

conomo Epiſcopi Eccleſiæ nomine in ſolutionem penſionis, & reſtitutionem ſubtractæ à quadraginta annis per definitivam ſententiam condemnamus.]

289. QUÆRITUR, an valeat Pactum Commiſſorium Cenſui adjectum. ℞. Hujus dubii reſolutionem pendere ex intelligentia diſcriminis inter Contractum ſeu Cenſum conſignativum (de quo procedit maximè præſens tractatio) & Cenſum reſervativum, & priori non poteſt adjici, benè tamen poſteriori, ut conſtabit.

290. Tertium diſcrimen inter Emphyteuſin & Cenſum eſt, quòd Emphyteuta non poſſit irrequiſito Domino vendere rem Emphyteuticam, & eâ etiam cum conſenſu venditâ debeat ſolvere laudemium. Cenſuarius autem poteſt rem cenſu affectam vendere irrequiſito Domino ità ut (cum hoc onere tranſeat ad Emptorem) nec ex pretio teneatur ſolvere aliquod laudemium.

Ex quibus patet, Cenſum eſſe Cenſuario magis favorabilem, quam Emphyteuſin Emphyteutæ; & hinc contra quoſdam reſolvit P. Molina *d.* 381. quòd in dubio ſit potiùs judicandus contractus fuiſſe cenſualis, quàm Emphyteuticus, quia melior eſt conditio poſſidentis, quando ex circumſtantiis aliud colligi non poteſt, qualis circumſtantia eſſet, ſi in tali loco longè frequentior eſſet Emphyteuſis, quàm Cenſus.

291. Dividitur ergo Cenſus in Reſervativum, & Conſignativum. Reſervativus eſt, qualem inſtituit Ioſeph in Ægypto, quando prædia commutatione tritici comparata, poſtmodum ſubditis reſtituit, annuâ in illis penſione conſtitutâ. Eſt ergo Reſervativus, quando quis ſuum fundum pleno Dominii Iure in alium transfert, reſervatâ ſibi annuâ penſione ex eodem fundo. In quo contractu nulla intervenit emptio, aut venditio, ſed potiùs eſt contractus innominatus *Do ut dês.* aut Permutatio, de qua loquitur lex ultima. *C. de rer. permut.* [Eâ lege rebus donatis Candido, ut quod placuerat, menſtruum ſeu annuum tibi præſtaret, hujuſmodi conventio nō nudi pacti nomine cenſetur, ſed rebus propriis dictæ legis ſubſtantia muniatur, ad implendum tibi placitum (ſicut poſtulas) præſcriptis verbis competit actio.]

Cenſus conſignativus eſt, cùm quis contractu aliquo alteri conſtituit ac deſignat jus ex re ſua reditus annuos percipiendi. Porrò quia frequentiùs ſolet hujuſmodi jus emi pecuniâ, de hac ratione conſtituendi maximè hoc loco agitur, quia eſt ſpecies Emptionis, quando v. g. 1000. fl. emo jus percipiendi annuatim ex tuo fundo 10. ſcaphas frumenti.

Dixi ſuprà, conſignativo non poſſe adjici pactum commiſſorium, hoc eſt, quo cenſuarius non ſolutâ penſione amittat dominium rei ex qua cenſus debetur, benè tamen cenſui reſervativo. Diſcriminis ratio eſt, quia in priore caſu cenſualiſta non transfert dominium rei, ſed dat pretium longè minus quàm valeat res cenſita: ergo eſſet iniquum imponi pactum amittendæ rei ob penſionem non ſolutam. E contra in poſteriore caſu Cenſualiſta ſpoliat ſe dominio rei ſuæ: ergo poteſt ſpoliare limitatè, & cum reſtrictione, ſeu conditione recipiendi, ſi pactum ſolvendi cenſum non ſervetur, ſicut fit in Emphyteuſi. Quodſi in priore etiam caſu pretium adæquaret rem cenſitam (quod tamen fieri non ſolet) nihil obſtaret, quominus hujuſmodi pactum etiam ſuſtineretur, ut aliis relatis docet Palao puncto 24. §. 5. n. 4.

292. Subdividitur cenſus conſignativus 1. in Realem & Perſonalem. Realis eſt, qui conſtituitur in re certâ (ſive ea ſit una ſeu plures) ex qua penſio ſolvenda ſit, v. g. in tuo agro, vinea, domo, &c. Dicitur realis, quia comitatur rem ipſam, ad quemcunque poſſeſſorem illa pervenerit, quamdiu non ab hoc onere liberatur, ſeu redimatur, ſicut ſervitus. Perſonalis eſt, qui fundatur & conſtituitur in certa perſona, obligante ſe ad annuam penſionem, abſq; reſpectu ad certam aliquam rem ex qua penſio ſolvatur: unde rem ipſam nullam comitatur: quamvis fieri ſoleat, ut ſecuritatis gratiâ aliquando conſtituatur hypotheca ſuper re certa: hinc tamen non evadit cenſus realis, nec perit pereunte re hypothecatâ: imò non eſt neceſſe, ut ex re hypothecata ſolvatur penſio, niſi quando aliunde obtineri non poteſt. In tali ergo caſu ſunt duo contractus, alius cenſûs, alius pignoris, & poteſt unus ab alio ſeparari.

Inter cenſum realem & perſonalem, eſt primum diſcrimen jam inſinuatum, quòd cenſus perſonalis non pereat pereunte re hypothecatâ in ſecuritatem cenſûs, pereat tamen cenſus realis pereunte re, in qua cenſus eſt fundatus & conſtitutus. Quodſi perſona, in qua conſtitutus eſt cenſus perſonalis, redderetur impotens ſolvere cenſum, & bona hypothecata alteri alienâſſet, ex tali re hypothecata tamen cenſus exigi poſſet. Vnde cenſus perſonalis cum hypotheca conſtitutus eſt quodammodo mixtus, & evadit quaſi realis in caſu quo perſona cenſita non habet alia bona, unde cenſum ſolvere poſſit.

Hanc explicationem cenſûs perſonalis cum hypotheca conjuncti, oportebat ex communi DD. advertere contra Covarruviam, qui planè cum reali cenſu confundit, quatenus tradit, quòd quando cenſus realis ſuper certis prædiis collocatur, prædia illa ſolùm habeant rationem hypothecæ, quæ tamen non ſervet omnes regulas aliorum pignorum & hypothecarum. Hoc inquam à Covarruvia malè aſſeritur, & contra Iura, quæ nullibi talem irregularem hypothecam admittunt; & Covarruvias ex hoc ſuo fundamento deducit, falſa ex falſo.

293. Deducit, ioquam. 1. quòd pereunte re cenſitâ, non hoc ipſo pereat cenſus realis, ſed cenſuarius maneat obligatus, hæredéſque illius ad ſolvendum cenſum. Contrarium dicendum eſt, nempe debitorem à cenſu liberari, ſicut enim pereunte fundo ſerviente perit ſervitus, ità pereunte re cenſitâ perit cenſûs realis, ut conſtat ex Bulla Pii V. infrà referenda. & etiam ex extravag. commun. Matt. V. & Calixti III. de empt. & vend.

Docet Covarruvias. 2. Si res, in qua cenſus realis eſt collocatus, tranſeat ad tertium poſſeſſorem, etiamſi non ſit hæres venditoris ſeu cenſuarii, competere nihilominus cenſualiſtæ adverſus illum actionem, ut ex re cenſita cenſum ſolvat, ſéque debitorem cenſûs ex eo prædio recognoſcat, nihil priùs exigendo à venditore cenſûs ſeu priore cenſuario aut hæredibus illius, & in hoc vult Covarruvias hanc hypothecam eſſe irregularem. Nam in aliis hypothecis ad alium poſſeſſorem devolutis, priùs executio facienda eſt in bonis debitoris principalis & fidejuſſorum illius. Cæterùm, ex hoc ipſo diſcrimine apparet, Covaruviam ſibi confinxiſſe novam ſpeciem hypothecæ in re cenſita, vi cujus in arbitrio creditoris ſeu cenſualiſtæ ſit, an velit immediatè convenire novum poſſeſſorem, vel venditorem. Hoc, inquam, falſum eſt, nam ſolum novum poſſeſſorem poteſt convenire, non item venditorem, niſi res cenſita evinceretur, quo caſu teneretur de evictione, ut patet ex dictis præced. cap.

Docet Covarr. 3. Si cenſus 100. aureorum v. g. conſtitutus ſit in tribus prædiis, quæ ad tres diverſos poſſeſſores pervenerunt, non poſſe ſingulos poſſeſſores conveniri pro integro cenſu, neque cogi ut ſinguli debitum integri cenſûs recognoſcant, ſed ſolùm poſſe conveniri, pro parte, & cum proportione cenſûs ſecundùm valorem cujúſque prædii, comparando cum reliquis prædiis. In quo iterum eſt irregularis hæc hypotheca: nam in aliis hypothecis aliter ſe res haber. De hoc tamen eſt magna controverſia infrà tractanda. Et quidem ſi vera eſt doctrina Covarruviæ, inde potiùs infertur, in re cenſita non eſſe aſſerendam hypothecam, quàm agnoſcere tam degenerem.

294. Subdividitur cenſus conſignativus 1. In fructuarium, nempe in jus exigendi fructus, v. g. vinum, frumentum, &c. & in pecuniarium, nempe jus exigendi pecunias. v. g. Si centum florenis emam quinque annuos ex agro tuo vel pecoribus ſolvendos. Uterque iſte

Subdividitur 3. in Cenſum quoad quantitatem rei ſolvendæ Certum, & Incertum. Certus ille dicitur, in quo certa quantitas deſignatur, & in pactum deducitur, v. g. decem ſcaphæ: quinque floreni. Incertus eſt, in quo aliqua pars proportionata, ſeu aliquota deſignatur: v. g. tertia pars fructuum naſciturorum, aut valor eorum.

Subdividitur 4. In Perpetuum ac Temporalem. Perpetuus iterum ſubdividitur in Redimibilem & Irredimibilem. Redimibilis, vel eſt ex parte ſolius Venditoris, ut illi liceat reſtituto pretio cenſum redimere, & ſe ab obligatione liberare: vel eſt etiam ex parte Emptoris, ut ei liceat reſignato cenſu pretium repetere. Vocatúrque Cenſus utrinque redimibilis. Irredimibilis eſt, cui nullum redimendi pactum adjicitur. quamvis mutuo conſenſu poſſet utrique redimi & diſſolvi. Temporalis aliquando eſt ad tempus definitum, v. g. ad 10. annos, aliquando ad tempus indefinitum, v. g. ad tempus vitæ, & dicitur Vitalitius. Verùm, iſte plerumque eſt reſervativus, vel non diſtinguitur à Vitalitio, de quo actum in Appendice ad Contractum Emphyteuticum.

295. QUÆRITUR 1. Si in Contractu nihil eſt expreſſum, an ſit, vel non ſit redimibilis, qualis præſumatur. Redimibilem volunt præſumi Petrus Binsfeldius aliique, quos ſequitur Salas dub. 35. n. 4.

Verior tamen & communior eſt ſententia, quòd irredimibilis præſumendus ſit, niſi aliud ex circumſtantiis colligatur. Ità Covarr. Gomez, & alii, quos referunt, & ſequuntur Lugo ſ. t. n. 7. & Palao p. 3. n. 10. Ratio deſumitur ex dictis de Contractu Emptionis, ubi dictum eſt, quòd quando pactum retrovendendi non adjicitur, non præſumatur ſubintellectum fuiſſe. Atqui Conſtitutio cenſûs conſignativi eſt Emptio venditio. Ergo pactum redimendi non ſubintelligitur, ſed eſt exprimendum.

Objiciunt 1. Irredimibilitas in Cenſu eſt odioſa: ergo non debet præſumi, niſi probetur. Reſpondeo, ſicut eſt odioſa Venditori, ità eſt favorabilis Emptori; ergo ſicut univerſim in aliis venditionibus non ſubintelligitur pactum redimendi, ità nec hîc. Aliter reſpondet Card. de Lugo. quia magis ſuſpectus fuit cenſus redimibilis, propter periculum uſuræ latentis, quàm cenſus irredimibilis, in quo nullum tale periculum eſt, quia ubi ſors nunquam eſt reddenda, non eſt locus mutuo.

Objicit Salas 2. In dubio melior eſt conditio poſſidentis: atqui Venditor poſſidet. ergo in illius favorem judicandus eſt cenſus eſſe redimibilis. ℞. Æquivocationem eſſe palpabilem. Eſt quidem Venditor Cenſûs Poſſeſſor rei, in qua conſtitutus eſt cenſus, ſed non eſt poſſeſſor illius rei, quam vendidit, nempe Iuris exigendi penſionem: hujus enim poſſeſſor eſt Creditor, ſeu Cenſualiſta: ergo pro illo judicandum eſt, quòd poſſideat tanquam plenus Dominus, & ſine onere retrovendendi. Quod ſi Salas voluit dicere,

dicere, Venditorem eſſe Poſſeſſorem ſuæ libertatis, & poteſtatis redimendi, petit manifeſtè principium, hoc enim eſt, de quo diſputamus, & nos negamus de Venditore, ac aſſerimus de Emptore, qui præſumendus eſt poſſidere Ius cum plena libertate, quamdiu non probatur habere obligationem retrovendendi.

296. QUÆRITUR 2. An cenſus debeat numerari inter bona immobilia, an inter mobilia, in ordine ad effectus, quos jura ſtatuunt diverſos in rebus mobilibus & immobilibus, ut patet ex dictis de præſcript. Non eſt autem dubium de rebus quæ ſolvuntur, v. g. fructibus, pecuniâ, &c. Hæ enim utique ſunt res mobiles, ſed dubium procedit de Iure percipiendi. Aliqui ſine diſcrimine inter perpetuum & temporalem quemcunque etiam ad breve tempus volunt eſſe inter immobilia numerandum. Verior tamen & communior ſententia diſtinguit inter temporalem ad longum, & ad breve tempus, hoc eſt minus decennio, & de priore concedit, de poſteriore negat pertinere ad genus rerum immobilium, loquendo de Iure communi, quidquid ſit de conſuetudine quarundam Civitatum Germaniæ, de quibus teſtatur Gail *lib.* 2. *obſ.* 10. receptum illis eſſe, ut omnes cenſus redimibiles inter mobilia numerentur. Ratio eſt deſumenda à paritate locationis, quæ ſi fiat ad longum tempus, habetur pro alienatione, ſecùs ſi ad breve tempus: ergo pariter Ius exigendi redditus per longum tempus eſt adnumerandum rebus immobilibus, non item Ius percipiendi ad modicum tempus: & cum hac reſtrictione volunt eſſe intelligenda verba Clementinæ *Exivi.* de V. S. ubi §. cumque annui de Fratribus Minoribus ſic loquitur Pontifex. [Cùmque annui reditus inter immobilia cenſeantur à Iure, ac hujuſmodi reditus obtinere paupertati & mendicitati repugnet, nulla dubitatio eſt, quòd prædictis fratribus reditus quoſcunque, ſicut & poſſeſſiones, vel earum etiam uſum, cùm eis non reperiatur conceſſus, recipere vel habere conditione conſideratâ ipſorum, non licet.]

CONTROVERSIA II.

Qualiter ſit licitum, emere Cenſum Realem.

SUMMARIUM.

Refertur Bulla Pii V. 297.
Colligitur inde non eſſe illicitam Emptionem Cenſûs. eod.
Quâ ratione excuſetur à labe uſuræ. 298. *& ſeq.*
Defenſio & Reſponſio Card. de Lugo. 300.
Difficilis eſt ejus doctrina. 301.
Verior Reſponſio & excuſatio. 302.
Retorſio argumenti contrarii. 303.
Alterius argumenti ſolutio. 304.

297. GRavis dubitandi ratio fuit, ob quam videbatur Henrico *quod lib.* 8. *q.* 23. & quibuſdam aliis in tali Emptione Uſuram committi, quam dubitandi cauſam poſtea proponam. Verùm dubium omne ſublatum eſt Pontificiis Conſtitutionibus Martini V. Calixti III. Nicolai V. & Pii V. ubi cenſuum emptio cum certis conditionibus licita probatur. Quarum Conſtitutionum ultima eſt referenda, in qua præſcribitur forma & conditiones obſervandæ, ac deinceps examinandæ. Eſt autem conſtitutio hæc ſeu Bulla Pii V. in ordine octuageſima, edita Anno 1568. & ſic habet.

[Cùm onus Apoſtolicæ ſervitutis obeuntes cognoverimus, innumeros celebratos fuiſſe, & indies celebrari cenſuum contractus, qui nedum non continentur intra limites à noſtris Anteceſſoribus eiſdem contractibus ſtatutos, verùm etiam quod deterius eſt, contrariis omnino pactionibus, propterea ardentem avaritiæ ſtimulum, legum etiam divinarum manifeſtum contemptum præſeferunt, non potuimus animarum, prout tenemur, ſaluti conſulentes, ac piarum mentium petitionibus etiam ſatisfacientes, tam gravi morbo, lætiferóque veneno ſalutari antidoto non mederi.

Hac igitur noſtrâ Conſtitutione ſtatuimus, Cenſum ſeu annuum reditum creari, conſtitui ve nullo modo poſſe, niſi in re immobili, aut quæ pro immobili habeatur, de ſui natura fructifera, & quæ nominatim certis finibus deſignata ſit.

Rurſum, niſi verè in pecunia numerata, præſentibus teſtibus, ac Notario, & in actu celebrationis inſtrumenti, non autem prius, recepto integro, juſtóque pretio.

Solutiones, quas vulgò anticipatas appellant, fieri, aut in pactum deduci prohibemus.

Conventiones directè aut indirectè obligantes ad caſus fortuitos eum, qui aliàs ex natura Contractûs non tenetur, nullo modo valere volumus.

Quemadmodum nec pactum auferens, aut reſtringens facultatem alienandi rem cenſui ſuppoſitam, quia volumus rem ipſam ſemper & liberè, ac ſine ſolutione laudemii, ſeu quinquageſimæ, aut alterius quantitatis, vel rei tam inter vivos, quàm in ultima voluntate alienari.

Ubi autem vendenda ſit, volumus Dominum cenſûs aliis omnibus præferri, eique denuntiari conditiones, quibus vendenda ſit, & per menſem exſpectari.

Pacta, continentia moroſum Cenſûs debitorem, teneri ad intereſſe lucri ceſſantis, vel ad Cambium ſeu certas expenſas, aut certa ſalaria, ſeu expenſas, medio juramento Creditoris liquidandas, aut rem cenſui ſubjectum, ſive aliquam ejus

ejus partem amittere, aut aliud Ius ex eodem contractu, ſive aliunde quæſitum perdere, aut in aliquam pœnam cadere, ex toto irrita ſint & nulla.

Imò & Cenſum augeri, & novum creari ſuper eadem vel alia re in favorem ejusdem; aut perſonæ per eum ſuppoſitæ pro cenſibus temporis, vel præteriti, vel futuri, omnino prohibemus.

Sicut etiam annullamus pacta continentia ſolutiones onerum ad eum ſpectare, ad quem aliàs de Iure, & ex natura contractûs non ſpectarent.

Poſtremò, cenſus omnes in futurum creandos non ſolùm re ib totum, vel pro parte peremptâ, aut infructuoſâ in totum, vel pro parte effectâ, volumus ad ratam perire, ſed etiam poſſe pro eodem pretio extingui. Non obſtante longiſſimi etiam temporis, ac immemorabili, imò centum, ac plurium annorum præſcriptione, non obſtantibus aliquibus pactis directè aut indirectè talem facultatem auferentibus, quibuscunque verbis, aut clauſulis concepta ſint.

Cùm verò traditione pretii redditus extinguendus erit, volumus per bimeſtre ante id denuntiari ei, cui pretium dandum erit, & poſt denuntiam, intra annum tamen, etiam ab invito pretium repeti poſſe, & ubi pretium nec volens intra bimeſtre ſolvat, nec ab invito intra annum exigatur, volumus nihilominus quandocunque redditum extingui poſſe, prævia tamen ſemper denuntiâ; de qua ſuprà, & non obſtantibus his, de quibus ſuprà, idque obſervari mandamus, etiam quod pluries ac pluries denuntiatum fuiſſet, nec unquam effectus ſecutus fuiſſet.

Pacta etiam continentia pretium cenſus extra caſum prædictum, ab invito, aut ob pœnam, aut ob aliam cauſam repeti poſſe, omnino prohibemus. Contractúsque ſub alia forma poſthac celebrandos fœneratitios judicamus.

Et ità illis propterea non obſtantibus, quidquid vel expreſſè vel tacitè contra hæc noſtra mandata dari, remitti, aut dimitti contingat, à fiſco volumus poſſe vindicari. Hanc autem ſaluiferam ſanctionem nedum in cenſu noviter creando, verùm etiam in creato quocunque tempore alienando, modò poſt publicationem conſtitutionis creatus ſit, perpetuò & in omnibus ſervari volumus.

Declarantes, pretium ſemel Cenſui conſtitutum, nunquam poſſe ob temporum, aut contrahentium qualitatem, ſeu aliud accidens, nec quoad ultimò contrahentes minui vel augeri.

Et licèt legem ipſam ad contractus jam celebratos non extendamus, illos tamen omnes in quos ſub alia forma pervenerunt cenſus, hortamur in Domino, ut ſingulos contractus Cenſuæ bonorum Religioſorum ſubjiciant, & animarum ſaluti conſulant. Non obſtantibus quibuscunque, &c.]

Ex hac Conſtitutione concludunt DD. non eſſe ex natura rei illicitam emptionem Cenſûs. Eſt tamen reſpondendum ad fundamentum Henrici, & quorundam aliorum, qui putarunt, non poſſe à labe uſuræ excuſari.

298. Fundamentum adverſariorum eſt hoc. Malitia uſuræ conſiſtit in eo, quòd vendatur pecunia præſens pro majore ſumma in futurum reddenda: ergo pro pretio excedente valorem rei venditæ. atqui hoc videtur fieri in Emptione & Venditione cenſûs. ergo eſt uſuraria. Minor declaratur. Dare hodie 100. ut accipias in ſingulos annos 5. nihil aliud eſſe videtur, quàm mutuare nunc 100. ſolvenda per partiales ſolutiones intra 20. annos, & de cætero ſingulis annis accipias quinque in lucrum. Quodſi Cenſus ſit redimibilis, idem ſequetur, nam venditor ultra ea quæ ſingulis annis ſolvit, reddet totam ſummam & pretium totum pro quo vendiderat: ergo ſtrior Emptor habet plùs quàm dedit.

299. Confirmatur. Ubi inter rem emptam, & pretium eſt manifeſta inæqualitas, eſt etiam manifeſta injuſtitia, ſive ea vocetur uſura, ſive non. atqui in Emptione cenſûs intervenit hujusmodi inæqualitas: ergo contractus eſt injuſtus. Minor probatur. Nam 100. florenis emis non ſolùm centum ſolvendos intra 20. annos, ſed ultra & ultra in perpetuum. Quodſi dicas te vendere ecòntra Cenſuario dilationem temporis, in hoc ſanè conſiſtit uſura.

Ad hoc fundamentum diſſolvendum aliqui dixerunt, in contractu cenſûs irredimibilis intervenire duos contractus. Primus eſt, quo tibi vendo domum vel fundum, in quo conſtituitur cenſus, pro 100. ſtatim ſolvendis, ità ut fundus ſtatim mihi cedat in Emphyteuſin, reſervato tibi Iure annuæ penſionis: & hoc poſteriore pacto juſtificari priorem contractum emptionis, quo adeo vili pretio emiſti rem multò majoris valoris: nam pretium decrevit ex obligatione dandi rem emptam in Emphyteuſin pro tam modica penſione. Hoc totum poteſt cum proportione applicari Cenſui redimibili. Ità Albornoz *3. de Contractibus tit. 2.* quem pro ſuo merito, hoc eſt, irreverentia erga Bullas Pontificias, caſtigat P. Salas *dub. 2. n. 6.*

Hæc ſolutio facilè rejicitur: quia ſupponit falſum, nempe quòd Emptor cenſûs fiat Dominus directus fundi cenſualis, & venditor ſolùm dominium utile habeat.

Contrarium enim conſtat ex eo, quòd Cenſuatius poſſit fundum cenſualem vendere irrequiſito Cenſualiſtâ, quòd non ſolutis penſionibus, ſeu cenſibus non amittat dominium fundi utile, quòd eo vendito nullum ſolvat laudemiū: quæ omnia aliter ſe habent in Emphyteuta, ut patet ex dictis in proprio loco. Item ex doctrina hac ſequeretur, quòd non poſſet ſuper eodem fun-

fundo poſtea conſtitui alius ſecundus Cenſus, quia non poteſt dominium directum ampliùs alteri vendi.

Reſponderunt ergo alii 2. In cenſu non emi pretium ipſum, ſed fructus prædii: qui fructus poſtea commutantur in pecuniam, & Cenſum, ſolvendum ſecundùm æſtimationem bonâ fide factam fructuum futurorum. Hæc tamen reſponſio relinquit in ſuo robore totam difficultatem: redit enim argumentum in fructibus, ut conſideranti patet.

300. Cardinalis Lugo reſpondet n. 20. Emptorem emere partem uſusfructûs talis prædii, ſuper quo cenſus conſtituitur, ità ut dominium totum directum prædii maneat apud venditorem, dominium tamen utile, ſeu Ius uſusfructûs ex parte vendatur, quod Ius partiale, ſeu dominium utile partiale, non valet quantùm valeret totum prædium, ſed multò minùs, ut conſtat, & ideo ſi totum prædium poſſet 1000. aureis emi, poterit dominium utile partiale, ſeu Ius uſus fructûs partialis juſtè 500. emi, quo pretio acquirit Emptor partem dominii utilis: poſtea verò alio contractu, qui implicitè etiam continetur in ipſa conſtitutione cenſûs realis, convenit inter contrahentes, ut pro ſpe fructuum, quos emptor ſperare poſſet ex illo dominio utili, obliget ſe venditor ad ſolvendam talem penſionem annuam pecuniariam: qui contractus etiam licitus eſt, cùm ſpes illa fructuum, attento periculo, & ſpe, poſſit prudenter æſtimari: & hoc modo reducitur prior contractus ad obligationem ſolvendi tantam penſionem annuam, quà venditor redimit uſumfructum partialem prædii, quem vendiderat, manente tamen prædio ipſo realiter obligato per modum hypothecæ ad ſolutionem penſionum promiſſarum, eò quòd Emptor non ſit contentus obligatione perſonali debitoris, ſed velit obligationem etiam, & hypothecam realem ad ſecuritatem majoris ſui debiti. Ità Lugo.

301. Neſcio, an hæc reſponſio placitura ſit Iureconſultis. Imprimis, quod ſupponit, Uſusfructuario competere dominium utile, non eſt in ſenſu proprio verum, nec enim Uſufructuarius habet Rei Vindicationem, ſicut habet Emphyteuta & Vaſallus ob dominium utile. Deinde quod dicitur, in cenſu emi partialem uſumfructum, etiam eſt falſum, & ab omnium aliorum ſenſu alienum: tum quia uſusfructus conſtituitur ad tempus vitæ, & mortuo fructuario conſolidatur cum proprietate, quod in cenſu non eſt, cujus Ius transmittitur ad hæredes. Deinde Uſufructuarius incumbit rei fructuariæ, cujus ſubſtantiam debet ſalvam tueri, & fructus ipſe colligere. nihil hujusmodi reperitur in Cenſualiſta. Denique quod additur, uſumfructum emptum iterum vendi pro penſionibus ſolvendis, ità ut prædium ſit hypothecatum, confundit cenſum perſonalem, ſeu mixtum cum cenſu purè reali, & hunc omnino tollit, quia in cenſu reali non eſt hypothecatum (ſtrictè loquendo) bonum cenſitum, ſed habet onus reale & immediatam obligationem, ità ut eo pereunte pereat cenſus, cùm tamen hypothecâ pereunte non pereat debitum: ut præcedente controverſiâ ex communi DD. declaratum eſt. Omitto alia quæ huic nimis ſubtili Reſponſioni objici poſſent.

302. Communis ergo, & veriſſima ſolutio jam ſuperiùs indicata, eſt, quòd in Contractu cenſûs ematur Ius percipiendi fructus, aut pecuniam ex re fructifera. Et licèt hoc Ius ſit ad fructus in tempus indefinitum, & ſic fieri poſſit, ut tandem longè plus recipiatur, quàm pretium fuerit, æſtimatio tamen horum fructuum recipit limitationem ex multis capitibus, maximè ob periculum amittendi cenſum re pereunte, aut infructuoſâ redditâ, &c. alioqnin nec poſſent emi aliæ ſervitutes perpetuam utilitatem afferentes.

Hanc communem reſponſionem rejicere vult Lugo n. 19. quia, inquit, emere Ius ad penſiones à Venditore ſucceſſivè recipiendas, nihil aliud eſt, quàm emere ipſas penſiones: ſic domus non aliter emitur, quàm emendo Ius ad domum. Hæc tamen impugnatio facilè repellitur: non enim dicimus emi merum Ius perſonale, ſicut emitur, quando emitur domus, ut patet ex dictis præced. cap. de contractu emptionis, & ideo ex hoc fundamento dicam paulò pòſt, non eſſe licitum cenſum purè perſonalem, prout docet ipſe Lugo n. 15. Emitur ergo Ius reale, ut patet ex dictis, & patebit magis ex dicendis, & ſic evaneſcit tota Lugonis impugnatio.

303. Præterea argumentum adverſariorum ipſis adverſariis ſolvendum eſt, quia nimium probat, ut etiam benè oſtendit Lugo n. 16. & ideo retorqueri poteſt in aliarum rerum emptione à nemine improbata. Nam qui emit domum pro 100. fl. & eam locat ad plures annos, recipiet denique plus quàm fuerit pretium, quia emit uſum illius in perpetuum: idem eſt in emptione agri fructiferi. Omnibus ergo fatendum eſt, quòd eſto fructus ſucceſſivè percipiendi longè plus valerent, quàm fuerit pretium, quo ager emptus fuit, ſi illi fructus ſimul exiſterent, quia tamen non exiſtunt ſimul, ſed ſucceſſivè ſperandi ſunt, hæc ſpes affecta tot periculis & incommodis, in æſtimatione prudentum non valet plus quàm tale pretium, quod vel inde patet, quòd ſæpè vix inveniantur Emptores, quia non agnoſcunt magnum emolumentum: idem ergo de Iure ad annuas penſiones dicendum eſt. Experientia enim docet, faciliùs deficere etiam Irredimibiles cenſus, quàm fundos.

304. Aliud adverſariorum argumentum refert & optimè ſolvit Lugo n. 21. Ex cenſibus hujusmodi, inquiunt, oriuntur eadem mala, quæ ex uſuris, v. g. quòd Emptores ex alieno ſudore vivant in otio, ſine proprio labore: impeditur exercitium charitatis, dum indigenti pecuniis mutui

mutuis divites mutuare nolunt, ſed malunt emere cenſum. Vnde Venditores depauperantur, gravando ſua bona annuis cenſibus. Totũ argumentum retorqueint in elocatione ædium, vel prædiorum Emptorum, ut conſideranti patet. Non eſt ergo in hoc vitium uſuræ, ſed in eo, ſi accipiatur plus quàm datum eſt, eo modo, quo id explicui in materia de Vſuris. *tract. 9. cap. 3.*

CONTROVERSIA III.

An ſit licitus Cenſus Perſonalis.

SUMMARIUM.

Cenſum Perſonalem eſſe licitum, ab auctoritate probabile eſt. 305.
Negativa eſt verior. eod.
Si in caſu liciti cenſûs debitor non haberet, unde ſolveret cenſum, extingueretur cenſus, nec poſſet in ſervitutem agi. eod.
Si penſiones ſolvendæ omnes ſimul ſumptæ non excederent pretium, nulla eſſet uſura, ſed beneficium. 306.
An idem dicendum de cenſu temporali. 308.

305. PRima ſententia affirmat, ex natura rei licitum eſſe hujusmodi cenſum: quamvis fateantur, Iure poſitivo, ob allatam Bullam Pij V. non eſſe licitum, ſi quidem Bulla illa ſit recepta. Ità plures, quos afferunt, & ſequuntur Salas, Dicaſtillo, Palao. Et hæc ſententia eſt utique ob auctoritatem probabilis, ſi tamen AA. in eo ſenſu cenſum perſonalem licitum eſſe voluerunt, in quo quæſtio poteſt habere locum, & non potiùs in aliquo ſenſu, in quo res caret difficultate, ſuppoſitis illis, per quæ diximus, agentes de Mutuo & Uſura, excuſari contractum ab uſura, quando plus accipitur, quàm datum eſt.

Secunda ergo ſententia eſt negativa, & ſpeculativè loquendo verior: quamvis in praxi vix unquam talis cenſus conſtituetur, quin ſubſit aliqua cauſa excuſans à labe uſuræ, ſi quidem ſervetur modus, quo ſolet hujusmodi cenſus tolerari, & conſuetudine receptâ approbari. Negativam ergo ſententiam dicit P. Molina communiorem, quam & ipſe ſequitur; ſed cæteris accuratiùs & ſubtiliùs quæſtionem totam reſolvit, & denique negativam amplectitur Card. de Lugo, cum quo

Adverto 1. Non poſſe eſſe quæſtionem de cenſu perſonali tali, ut caſu, quo nec penſiones ſolvantur, nec debitor habeat ulla bona, poſſit creditor debitorem ſibi in ſervum proprium aſſerere: nam tali caſu potiùs debitum ceſſaret, & extingueretur, ſaltèm ſub conditione, niſi ad meliorem fortunam pervenerit debitor, ut pluribus Iuribus cautum eſt. *l. 12. C. de oblig. & act. ob æs alienum ſervire liberos creditoribus Iura compelli non patiuntur.* & alibi paſſim.

306. Adverto 2. Non eſſe quæſtionem de emptione cenſûs perſonalis, cujus omnes penſiones ſimul ſumptæ non excederent pretium ſolutum, in quo caſu non ſolùm nulla eſſet uſura, ſed potiùs beneficium ab Emptore exhibitum, qui ſimul daret, quod ſucceſſivè reciperet. Eſt autem commodiùs dare ſucceſſivè, quàm ſimul.

Adverto 3. In præſenti quæſtione ſeponendos eſſe omnes illos titulos excuſantes ab uſura receptionem alicujus ultra ſortem, ut lucrũ ceſſans, damnum emergens, periculum ſortis, ejusdem ſortis aſſecuratio, &c. quos recenſui, & examinavi in tract. de Uſura.

Quæſtio ergo ſolùm ſupereſt, an cenſus merè perſonalis, cujus pretium non adæquat cumulum penſionum, licitè ematur de Iure naturæ, quando abſunt omnes tituli excuſantes illum exceſſum ab uſura: & hoc videtur eſſe negandum.

Probatur autem aſſertio ex fundamento ſuperiùs indicato. Qui emeret v. g. 150. fl. ſolvendos ſucceſſivè, nec tamen majus pretium daret quam 100. fl. ita ut per 30. annos ſingulis annis ſolvendi eſſent 5. ſi omnis alius titulus abſit, omnes fatentur fore uſuram, quia non eſt æqualitas inter pretium & rem emptam: & ob hanc cauſam ſuprà dictum eſt, quod quando emitur cenſus realis, non emantur ipſi fructus collectivè, ſeu cumulus omnium fructuum percipiendorum, & per modum unius conſideratorum, ſed emi Ius reale, quod non æſtimatur, niſi 100. fl. Subſumo: atqui emens cenſum merè perſonalem, emit ipſas penſiones ſucceſſivè ſolvendas per modum unius cumuli conſideratas: ergo ſi iſte cumulus excedit pretium, eſt inæqualitas, & uſura. Minor probatur. Emere Ius ad accipiendum equum, eſt formaliſſimè idem, ac emere ipſum equum, ut fatentur omnes, & patet ex dictis de contractu emptionis: ſolùm enim ex vi emptionis datur actio perſonalis, & Emptori non competit Ius in re, ſed Ius ad rem ſolùm. atqui emens cenſum perſonalem emit ſolummodo Ius ad penſiones, & nullum Ius reale: ergo formaliſſimè emit ipſas penſiones, quæ ſimul in unum computatæ & tandem ſolutæ excedent pretium.

307. Objiciunt. Poteſt aliquis ſuâ ſponte & ex mera liberalitate ſe obligare ad penſionem annuam alteri ſolvendam. Ergo poterit talem obligationem vendere. ℞. Diſtinguo conſequens: poteſt eam vendere ſervatâ æqualitate, v. g. ut per decem annos ſolvatur ſumma accepta, concedo. non obſervatâ æqualitate, nego. In venditione ergo æqualitas attendenda eſt, & intentio ad eam eſt reſtricta: in donatione non interveniunt duo termini, inter quos debeat obſervari æqualitas.

308. Quod dictum eſt de cenſu perſonali perpetuo, ſive is ſit irredimibilis ſive redimibilis, idem dicendum eſt cum iiſdem Auctoribus etiam de cenſu perſonali temporali ad tempus certum.

Nam argumenta adducta pariter probant, in hoc ſniet venire uſuram, niſi excuſetur aliquo titulo ex recenſitis, adeóque ſecluſis his titulis plus acciperetur quàm datum eſt, ſi tota ſumma ſeu cumulus penſionum certò ſolvendarum excederet pretium quo cenſus eſt emptus.

Et ſanè Auctores, qui contrarium tenere videntur, tandem in hoc relabuntur, ut ſe fundent in uno ex hujusmodi titulis, ut benè advertit Lugo n. 34. in fine. Patet ex eo, quòd fatentur non poſſe emi penſiones excedentes ſolvendas intra paucos annos, v. g. ſi quis 100. Fl. emeret, ut per 4. annos ſingulis ſolverentur 30. Fl. quia in tali caſu non minus valere cenſerentur (vel certè non multò minus) 120. Fl. quàm valerent, ſi ſimul ſolverentur. Requirunt ergo annos plures v. g. 9. 10. &c. quia inquiunt, tam moroſa ſeu dilata & tarda ſolutio minuit valorem totius ſummæ quem haberet, ſi ſimul ſolveretur. Atqui non apparet, cur minueret, niſi recurratur ad damnum emergens, aut lucrum ceſſans, aut alium titulum.

Dixi, hoc procedere de cenſu temporali ad tempus certum. Aliud eſt dicendum de cenſu temporali, etiam perſonali ad tempus incertum, v. g. ad vitam emptoris vel venditoris, ut habet communis ſententia contra paucos. Ratio eſt, quia emptio cenſuum ad tempus incertum, quod æquè facilè poteſt afferre damnum ac lucrum emptori, eſt expoſita fortunæ, ſicut ludus, aut jactus retis: atqui talis ſpes mixta cum tali periculo poteſt certo pretio æſtimari: ergo valebit talis emptio cenſûs perſonalis.

Objicies. Hujuſmodi contractus præbet anſam inſidiandi vitæ alterius. ℞. Ex eo non ſequi, quòd jure naturæ ſit nullus, præſertim cùm non ſit propinquum periculum: alioquin non valerent ultimæ voluntates favorabiles, & quæ innotuerunt illi, in cujus favorem fiunt.

309. Ex dictis defendi poteſt cum Lugone & Salas contractus quidā quem improbat Comitolus *lib. 3. c. 24.* Petrus emit ab Andrea 100. fl. cenſum 5. Fl. annuorum, ad tempus vitæ ſuæ & ſuæ filiæ, hoc tamen adjecto pacto, ut ſi Petrus aut filia inciderent in gravem neceſſitatem, & exigerent reddi ſibi pretium, nempe 100. teneretur reddere. Ratio eſt. Quia intuitu illius oneris, quod Andreas ſubit reddendi pro caſu neceſſitatis pretium, augetur pretium emptionis, cùm ſolùm emantur quinque annui pro 100. ad duas vitas, quo pretio poſſet Petrus emere cenſum talem perpetuum redimibilem, quem etiam in graviore neceſſitate conſtitutus poſſet vendere alteri tertio eodem pretio.

CONTROVERSIA IV.

An poſſit cenſus venditus redimi minori pretio, quàm quo venditus eſt, ab ipſo venditore, conſentiente creditore.

SUMMARIUM.

Probabilior eſt ſententia affirmans, ex natura rei poſſe ex conſenſu creditoris redimi cenſum minori pretio, quàm quo venditus eſt. 310.

Sed quid dicendum, attentâ Bullâ Pii V. 311.

Non eſt dubium, quòd ſi diminutio pretii eſſet intra latitudinem juſti pretii, vel ſi ab ipſo creditore donaretur liberaliter, quòd poſſet emi minore pretio, poſſet enim totum cenſum condonare, & remittere. Sed quæſtio eſt, an ſufficienter ſervetur juſtitia prioris contractûs per talem diminutionem, quæ non fuit in pactum deducta; reverâ tamen ex accidenti fortuito, & ſinè culpa debitoris cenſus decrevit in valore, ità ut ab alio poſſet emi minori pretio, an, inquam, poſſit etiam emi ab ipſo venditore. Negat Thomas Sanchez *lib. 1. Conſil. c. 7. dub.* 20. tribuens eandem ſententiam Henriq. & quibusdam aliis innominatis.

310. Affirmativa tamen verior eſt, quam defendit Card. Lugo à n. 47. Et quidem loquendo de jure naturæ, non apparet, cur ſicut quivis alius poſſet illum cenſum emere minore pretio, non etiam poſſet ipſe cenſuarius, ſi creditor vellet talem venditionem facere: acciperet enim id ipſum à debitore, quod ab alio: quomodo ergo hic pateretur alicujus rei jacturam?

Reſpondebit Sanchez, creditorem ideo pati jacturam, quia licèt debitor non teneatur reddere capitale totum, ſimpliciter & abſolutè, tenetur tamen ad totum ex ſuppoſitione quòd velit redimere cenſum: ergo ſi minus ſolvit, non ſolvit totum ad quod tenetur: ergo jam aliquid decedit creditori, ad quod habet jus.

Sed contra. Cenſuarius non eſt obligatus ad totum pretium & capitale reſtituendum niſi tunc, quando vult uti jure ſuo, quod habet, redimendi cenſum etiam invito creditore: non verò tenetur in caſu quo creditor ipſe cenſum venalem offert minore pretio. Ex quo conſtat, quid ad fundamentum P. Sanchezii reſpondendum ſit. Nam pactum præcedens & obligans ad retrovendendum pro pretio integro, ſolùm erat de reddendo integro pretio non obſtante decremento valoris in cenſu, pro caſu quo debitor ſeu cenſuarius vellet uti ſuo jure, & redimere etiam invito creditore.

Per

Per hoc autem utique non eſt ablata creditori poteſtas cedendi & renuntiandi pacto præcedenti in ſuum favorem adjecto; quando jam illi deſinit eſſe favorabile, quia mavult retrovendere minori pretio cenſum, quàm retinere.

311. Major diſſenſio eſt inter DD. quid liceat inſpectâ Bullâ Pii V. nam plurimi putant, quòd quidem majori pretio poſſint vendi quàm ab initio venditi ſunt, (nempe quia pretium in favorem venditorum taxatum eſt, ac proinde illud augere non eſt prohibitum) ſed non minore. In Bulla enim expreſsè dicitur, quòd conditiones in Bulla præſcriptæ obſervandæ ſint in cenſibus quibuſcunque poſt illam legem creandis, quocunque tempore poſtea alienentur. atqui conditio ibi poſita eſt, ut pretium cenſûs ſemel conſtitutum, nunquam, ob temporum aut contrahentium qualitatem, ſeu aliud accidens, neque *quoad ultimò contrahentes* minui poſſit, vel augeri. Ob hanc cauſam multi graves DD. negant, alii non pauciores affirmant: alii diſtinctiones adhibent, quas rejicit Lugo n. 50. ubi etiam AA. videri poſſunt.

312. Lugoni placet eorum ſententia, qui dicunt, Bullam ſolùm prohibere variationem pretii quoad primos contrahentes, & eorum ſucceſſores (quos fortè Bulla appellat ultimò contrahentes) inter quos vult ſemper ſervari idem pretium. Ego, ſalvo aliorum judicio, cenſeo ſolùm prohiberi illam variationem, quæ eſſet gravis primo venditori, non autem quæ per retrovenditionem illi eſſet favorabilis: nam hoc caſu non eſt periculum uſuræ, ſicut non eſt, ſi pretium augeatur: & hæc mihi videtur eſſe mens P. Leſſii n. 45. Et Lugo reſtatur, etiam Romæ emi minori pretio cenſus, poſtquam ex accidenti difficiliores redditi ſunt.

CONTROVERSIA V.

Quid juris competat Perſonæ læſæ in emptione cenſus infra vel ſupra juſtum pretium.

SUMMARIUM.

Probabilior eſt ſententia negans eſſe ſolvendas penſiones reſpondentes pretio non ſoluto in emptione cenſûs, ſed ſatis eſſe ſi ſolvatur defectus pretii cum intereſſe. 314.

Quid ſi pretium fuit majus juſto pretio, ad quid teneatur venditor. 315.

313. QUÆRITUR 1. Si cenſûs juſtum pretium fuit, v. g. 1000. Fl. & emit Petrus à Paulo 800. percepitque fructus ſeu penſiones annuas 50. Fl. per 4. annos, an teneatur Paulo non ſolùm ſolvere & reſtituere defectum pretii, nempe 200. Fl. (una cum intereſſe ratione damni emergentis aut lucri ceſſantis, ſi quod intervenit) ſed inſuper teneatur reſtituere illam partem penſionum, quæ reſpondebat 200. Florenis non ſolutis, & quam per 4. annos percepit, nempe 40. Fl. Affirmat P. Molina d. 390. n. 3. item Binsfeldius, Covarruvias, Baldius, Ant. Gomez & alii plures, quos affert & ſequitur Salas. Et eſt ſententia valdè probabilis.

314. Speculativè tamen loquendo, probabilior, & etiam in praxi ſecura eſt ſententia, negans eſſe obligationem reſtituendi penſiones. Ita docet poſt alios Leſſius dub. 15. loquendo de caſu quo pretium non eſt à lege taxatum, adeóque contractus non fuit irritus ſed validus, ſicut valent aliæ emptiones pretio non juſto factæ. Eandem ſententiam tenet Lugo s. 4. n. 54. Probatur hæc ſententia à paritate emptionis prædii: nam emptor non teneretur reſtituere fructus perceptos, ſed ſolùm ſupplere juſtum pretium, & intereſſe. Atqui emptio cenſûs eſt emptio Iuris in re ad fructus percipiendos: Ergo idem dicendum eſt. nam licèt emptor non fiat propriè Dominus rei cenſui ſubjectæ, ut habeat rei vindicationem, in ordine tamen ad fructus eſt inſtar domini, quia habet pinguius jus, quàm hypothecarius in hypotheca, ut patet ex ſuprà dictis, ex quo fundamento ſolvitur fundamentum contrariæ ſententiæ.

315. QUÆRITUR jam 2. & econtrario, ſi pretium fuit majus juſto pretio, adeóque emptor læſus fuit, ad quid teneatur venditor. Et reſpondetur conſequenter ad præcedentia, nempe quòd ſicut venditor prædii non tenetur niſi ad reſtituendum pretii exceſſum (cum intereſſe) ità neque venditor cenſûs, adeóque ſicut venditor prædii nihil debet reſtituere ratione fructuum, quos emptor percipere potuiſſet ex alio prædio valente illud majus pretium, ità nec venditor cenſûs teneatur ad penſiones illas ſolvendas, quæ potuiſſent reſpondere exceſſui pretii.

Contra dicta objici poſſet. Emptor (in priori caſu) tenetur in conſcientiâ reſarcire totum damnum venditori injuſtè illatum ratione pretii diminuti. Atqui hujus damni pars una eſt ſolutio penſionum majorum, quàm merebatur illud pretium: ergo etiàm penſionum exceſſus reſtituendus eſt. Reſpondet Card. de Lugo n. 57. negando ſequelam: quòd enim venditor tantas penſiones ſolverit, non procedit ex injuſtitiâ & diminutione pretii accepti, quia æquales penſiones ſolviſſet, ſi totum pretium juſtum recepiſſet, & per conſequens totum illud damnum circa penſiones incurriſſet: totum ergo damnum in hoc ſolo conſiſtebat, quod pretium juſtum integrum non acceperit: ergo ſi hoc modo accipiat, una cum intereſſe; habet omne id, quod haberet, ſi illud ſtatim

ab initio accepiſſet. Quando ergo dicitur (inquit Lugo) hoc damnum penſionum exceſſivarum ſecutum fuiſſe ex injuſta emptione, diſtinguendum eſt: ſequitur enim damnum illud ex emptione talis cenſûs præcisè, prout abſtrahit à juſta & injuſta: Ex injuſtitia autem circa diminutionem pretii commiſſâ nullo modo ſequitur damnum penſionum ſolutarum, cùm eædem penſiones ſolutæ fuiſſent, ſi ab initio pretium juſtum datum fuiſſet: quare ex injuſtitia præcisè ſolùm ſecutum fuit damnum carendi pretio integro per aliquod tempus. quæ dilatio ſi fuit damnoſa, veniet compenſanda ſub nomine *Intereſſe*. Totum hoc paucis verbis dixerat Pater Leſſius: [Quiavenditor non eſt fraudatus ex eo quòd emptor penſiones perceperit, (ut quæ ipſi erant debitæ ex valido contractu) ſed quòd juſtum pretium non fuerit ei perſolutum.]

CONTROVERSIA VI.

Quænam Conditiones, vigore Bullæ Pij V. obſervandæ ſint in conſtitutione cenſûs.

SUMMARIUM.

AN conſtitutio Pii V. ſit ubique recepta, & pro recepta habenda. 316.

An omnes conditiones in bulla requiſitæ ſint ſubſtantiales. 317.

An ſine diſcrimine in omni cenſu conſtituendo conditiones debeant intervenire, ut valeat. 319.

EX Bullis Pontificum ſup. allegatis colligitur, varias conditiones requiri, ut valeat emptio censûs, quæ paulò pòſt ordine examinabuntur, quo ſenſu & rigore requirantur. Nunc adverto, Palaum punčto 15. n. 1. enumerare ſolùm 7. conditiones. verùm conſtabit eas plures eſſe.

316. QUÆRITUR autem ante omnia, an hæ Conſtitutiones Pontificiæ, præſertim noviſſima Pii V. ſit ubique recepta, & pro recepta habenda. Graves AA. volunt eſſe ubique pro recepta & obligatoria habendam, quos refert Palao p. 15. & Lugo teſtatur, ità obſervari in ſacra Rota Romana, ubi Iudices non admittunt exceptionem de non recepta, vel abrogata prædicta Bulla. Non eſſe ubique receptam, nec obligatoriam, niſi quatenus recepta eſt, quoad conditiones illas, quæ non ſunt juris naturalis aut divini, tradunt non pauciores DD. præſertim RR. ex juriſtis Salcedo, Diaz. Emanuel, Gutrierez, Laſarte, Felicianus de Solis, Gaſp. Rodriq. Gomes junior, Salas. Et hi quidem de Hiſpania loquuntur, idque probant ex eo, quòd Rex Philippus II. ſupplicaverit Pontifici, quam ſupplicationem Pontifex non repulit, nec obſervationem ulteriùs urſit: quod ſufficit, ut lex non obliget. De aliis verò provinciis, ut de Belgio, Gallia, Germania & Sicilia, teſtatur id ipſum Leſſius c. 22. dub. 13. in quibus proinde vim obligandi non habet. Nam omnes convenire debent (inquit Lugo) quòd ubi prædicta Bulla ex conſenſu ſaltem interpretativo Summi Pontificis non eſt recepta, vel quoad aliqua eſt per uſum contrarium legitimè abrogata, non obliget niſi quoad conditiones jure naturæ requiſitas, vel quoad eas quæ receptæ ſunt.

317 QUÆRITUR 2. An omnes conditiones in Bulla requiſitæ ſint ſubſtantiales, ità ut etiam in foro conſcientiæ contractus cenſendus ſit nullus, ex defectu cujuſcunque conditionis aſſignatæ. Negat cum pluribus aliis P. Molina d. 392. adeò ut, ſi modò fuerint obſervatæ conditiones jure naturæ requiſitæ, in foro conſcientiæ habendus ſit pro valido, quamdiu per judicis ſententiam non declaratur nullus. Ratio horum AA. eſt, quia lex requirens hujuſmodi ſolennitates, v. gr. teſtes, notarium, ſcripturam, &c. fundatur in præſumptione fraudis & uſuræ: ergo ſi contrahentibus conſtat, nullam fraudem interveniſſe, poterunt bonâ conſcientiâ contractum ſervare, & emptor penſiones recipere. Hanc ſententiam vocat probabilem etiam Bonacina *in fine quæſtionis. 4. de cenſibus.*

318. DICENDUM tamen eſt cum aliis, quos ſequitur idem Bonacina, Lugo, Palao, omnes habendas eſſe pro ſubſtantialibus; quia requiruntur ad formam contractûs: ergo de illis philoſophandum eſt, ſicut de ſolennitatibus requiſitis ad valorem teſtamenti, de quibus ſuo loco actum eſt. Itaque non fundatur illa lex in præſumptione fallibili, fraudis forte intervenientis, in quovis particulari caſu, ſed in præſumptione moraliter infallibili multarum fraudum & uſurarum, quæ fierent, niſi tales contractus penitus annullarentur: ſicut Clandeſtinum matrimonium nullum eſt vi legis, non fundatæ in præſumptione fraudis in caſu particulari, ſed fraudum plurium eventurarum, ſi non penitus annullaretur talis contractus, alioquin hujuſmodi leges fiunt eluſoriæ, & effectum quem intendunt, non obtinent.

319. Quæri poteſt 3. An ſine diſcrimine in omni cenſu conſtituendo conditiones debeant intervenire, ut valeat. ℞. Solùm in illis, in quibus contractus eſt utrinque oneroſus, &c, ut Iuriſtæ loquuntur, negotium ſeu ſynallagma continens, nam in his ſolis eſt periculum uſuræ, non in illis qui titulo lucrativo conſtituuntur, ut donatione, & teſtamento.

Dixi ſuprà, examinandas eſſe conditiones requiſitas in Bulla Pii V. Nam licèt alii Ponti-

tifi-

tifices etiam de quibuſdam conditionibus egerint, eorum tamen intentio fuit, illas conditiones explicare, quæ illis erant tanquam dubiæ propoſitæ, & quas declararunt eſſe licitas, per quod non definierunt, eas eſſe neceſſarias. Hujuſmodi conditiones octo recenſet Leſſius n. 75. Veniamus ergo ad Conditiones à Pio V. requiſitas in Bulla ſupra recitata.

§. I.

Cenſus eſt in re immobili, vel quæ pro immobili habetur, certa, & fructifera, conſtituendus.

SUMMARIUM.

IN prima conditione requiritur, ut in re immobili conſtituatur cenſus, adeoque reprobatur cenſus perſonalis tam purus quàm mixtus. 320.

An poſſit cenſus in cenſu conſtitui. 320.

Cenſus in re immobili annumeratur immobilibus. eod.

Quo ſenſu debeat cenſus conſtitui in re certa & determinata. 321.

An ſufficiat, rem eſſe frugiferam per accidens, & ex mera hominis induſtria. eod.

Utrum penſiones ſolvendæ ſint integræ etiam illis annis quibus non adæquatur à fructibus. 322. *& ſeqq.*

An cenſus debeat conſtitui in re feraci illorum fructuum, qui pro penſione ſolvendi ſunt. 324.

An quis poſſit alteri vendere cenſum ex re non ſua, conſentiente tamen domino. 325.

320. PEr hanc conditionem reprobatur cenſus Perſonalis tam purus quàm mixtus cum hypotheca conjunctus: quem ſuprà dixi probabiliùs ipſo jure naturæ eſſe illicitum, ſi cumulus penſionum ſolvendarum excedat pretii ſummam, nec aliunde excuſetur ab uſura.

Ex eo quòd poſſit cenſus conſtitui in re quæ immobilibus annumeratur, controvertitur, an hujusmodi ſit cenſus ipſe, ſeu jus cenſuale, adeoque an Petrus habens jus cenſûs in fundo Pauli, poſſit in hoc jure ſuo conſtituere & vendere Sempronio cenſum alium, ità ut cenſus in cenſu conſtituatur. Negant hoc poſſe fieri Molinæus, Vega. Alii, quos refert & ſequitur Salas, affirmant. Hos AA. conciliat Card. de Lugo aſſerens, imprimis poſſe in cenſu irredimibili alium cenſum conſtitui: nam cenſus irredimibilis indubitatè inter immobilia computatur. In cenſu autem redimibili tunc ſolùm poterit conſtitui, ſi hujus reflexi cenſûs venditor ſe obliget, caſu quo prior cenſus redimatur, quòd velit cenſum conſtituere ſuper alia re immobili fructiferæ. Putat tamen P. Dicaſtillo n. 81. quòd etiam valeret abſque ſubſtitutione alterius rei, ità tamen ut redempto cenſu à primo venditore extingueretur cenſus cenſui ſuperimpoſitus.

Quòd autem jus cenſûs ex re immobili percipiendâ, annumeretur rebus immobilibus (ſecùs quàm alia debita fundata in rebus mobilibus) habetur in Clement. *Exivi de Paradiſo §. cùmque annui reditus. de V. S* ibi. *Cùmque annui reditus inter immobilia cenſeantur à Iure, &c.* Quem textum jam ſuprà ad aliud intentum retuli.

Objiciunt aliqui. Cenſus ipſe non eſt res frugifera: ergo non poteſt in cenſu conſtitui alius cenſus. Reſpondet Azor, ſatis eſſe, quòd mediatè fundetur in re frugifera. Meliùs reſpondet P. Dicaſtillo negando minorem. Nam jus exigendi penſiones utique eſt frugiferum, cùm ferat penſiones.

Circa id quod dicitur, debere rem eſſe certam & determinatam, ſeu certis finibus deſignatam,

321. Quæres, qualem cenſum voluerit Pontifex excludere per has particulas. ℞. 1. Non voluiſſe excludere conſtitutionem cenſûs ſuper rebus pluribus, modò illæ exiſtant, & ſint determinatæ, nam quatenus fundant unum Ius, poſſunt dici una res, ſicut poſſunt dici unum patrimonium, una hæreditas, &c. ℞. 2. Pontificem voluiſſe excludere cenſum conſtitutum in omnibus alicujus perſonæ bonis præſentibus & futuris: nam hujuſmodi conſtitutione aliquo modo fieret, ut ipſa perſona obligaretur in caſum, quo præſentia omnia bona perirent, quia adhuc obligaretur ad ſolvendum cenſum ex bonis acquirendis. ℞. 3. Voluiſſe Pontificem etiam excludere conſtitutionem cenſûs in bonis omnibus præſentibus cenſuarii ſeu venditoris, ſi ſub terminis generalibus conſtitueretur, non deſignando aut enumerando res ſingulas, eo modo quo ſolent enumerari & deſignari quando venduntur aut locantur. Ratio erat, quia in hujuſmodi generalibus terminis poterat timeri periculum palliandi cenſum perſonalem. ℞. 4. Non cenſetur tamen prohibitus cenſus ſuper re determinata conſtitutus, ità tamen ut pro majore ſecuritate cætera bona indeterminatè & terminis generalibus hypothecarentur in eum finem, ut re evictâ poſſet creditor ex reliquis bonis conſequi intereſſe. Addit Lugo, etiam in eum finem ſervituram hujuſmodi hypothecam, ut re determinatâ fortè non ferente ſufficientes fructus eo anno, poſſit creditor ex cæteris bonis conſequi fructus; de quo dubito, & contrarium videtur ſupponere Molina.

Circa illud quòd cenſus conſtituendus ſit in re fructifera, quæri poteſt, an ſufficiat, eſſe fru-

Digitized by Google

ſrugiferam per accidens & ex mera hominis induſtria, ut eſt pecunia negotiationi expoſita; literæ cenſuales ferentes intereſſe, &c. ℞. Negativè, ſed debet eſſe frugifera ex natura ſua. Ratio eſt, quia alioquin evaderet cenſus perſonalis. Debent autem fructus ad minimum exæquare (deductis expenſis) penſiones ſolvendas; alioquin quoad defectum degeneraret in cenſum perſonalem, ut habet communis doctrina contra Sotum & Covarr. Sufficit tamen rem ferre fructus etſi non naturales, æquivalentes tamen naturalibus, ut ſolent ferre Molendina, Salinæ, Lapidicinæ, Domus locabiles, &c.

322. QUÆRITUR tamen 1. Utrum penſiones ſolvendæ ſint integræ, etiam illis annis, quibus non adæquantur à fructibus. Certum autem eſt, quòd etſi res ipſa non perierit, ſi tamen ita infrugifera reddita eſt, ut non poſſint ampliùs inde ſperari fructus adæquantes penſiones, non minùs cenſeatur cenſus extingui, quàm ſi res ipſa vel tota, vel quoad partem periiſſet: in effectu enim perinde eſt. Extra hanc deſtructionem, ſi caſu fortuito, v. g. ob tempeſtatem malignam, &c. fructus aliquo anno non reſpondent penſionibus, an nihilominus penſio ſolvenda ſit.

Negativam tanquam indubitatam defendit P. Molina *d. 390. clauſ.* 4. Leſſius *dub.* 12. *clauſul. eadem.* Hi ergo dicunt, pactum adjectum, ſolvendi integras penſiones, etiam anno quo fructus per accidens non adæquent, eſſe nullum & irritum, ob verba Bullæ: [Conventiones, directè aut indirectè obligantes ad caſus fortuitos eum qui aliàs ex natura contractûs non teneatur, nullo modo valere volumus.]

323. Affirmativa eſt communior & verior, quam aliis relatis ſequuntur Salas, Rebellus, Valentia, Lugo, Dicaſtillo, Palao p. 16. n. 12. & teſte Navarro obſervatur in praxi. Et quidem de Iure naturæ conſentit etiam ipſe Molina. Quòd autem nec verba Bullæ refragentur, colligitur ex illis verbis: [qui aliàs ex natura contractûs non teneatur.] Negandum proinde eſt, pactum hoc eſſe præter naturam contractûs cenſualis pecuniarii; cùm ſit maximè ſecundùm naturam illius hujuſmodi determinata obligatio: nam hoc poteſt æquè cedere in lucrum venditoris, qui vi hujus pacti non debebit plus ſolvere, quando annus erit exceſſivè fertilis, ubertate fructuum compenſans alio anno, quod præterito anno defuit. Ratio à priori eſt, quia in cenſu non emuntur ipſi fructus, ſed jus reale percipiendi tantas penſiones ſingulis annis, dummodo res maneat frugifera, & ſpes ſit, quòd omnibus penſionibus computatis fructus etiam computati reſpondeant.

Per clauſulam ergo allatam voluit Pontifex improbare pacta aſſecurationis cenſûs etiam caſu quo res cenſui ſubjecta periret, quæ pacta ſunt naturæ hujus contractûs extranea.

Sed contra hoc replicat P. Molina: quòd hac ratione clauſula evaderet inanis, & inutilis repetitio ejuſdem prohibitionis: nam inferiùs ſubjicit Pontifex peculiarem clauſulam, quâ annullat pacta, quibus debitor censûs obligatur ad caſus fortuitos circa rem in qua cenſus collocatur. Reſpondet benè Lugo negando ſequelam. Nam in poſteriore clauſula non probibentur pacta circa caſus fortuitos, ſed ſolùm declaratur id, quod ex natura contractûs cenſûs realis conſequitur, quòd ſcilicet, pereunte re cenſitâ totâ vel quoad partem, debeat etiam perire cenſus cum debita proportione. Porrò, quia Contrahentes poſſent fortè apponere pactum ad aſſecurandum cenſum etiam pro caſu quo res fortuitò periret, arbitrantes hujuſmodi contractum aſſecurationis diſtinctum, addito ſufficienti pretio ex natura rei licitum, ideo Pontifex in clauſula relata voluit hujuſmodi pacta ad caſus fortuitos prohibere, ad quos ex natura contractûs non eſſet obligatio: quæ probibitio in clauſula ſubſequente non ſatis clarè contenta videretur, ſicut nec econtra in priore clauſulâ continetur, quòd re pereunte pereat cenſus, ut notat Palao.

324. QUÆRITUR 2. An Cenſus debeat conſtitui in re feraci illorum fructuum, qui pro penſione ſolvendi ſunt. Affirmârunt aliqui. Sed communiſſimè id negatur eſſe neceſſe, nec Iure naturæ, nec vigore Bullæ. Unde niſi lex aliqua municipalis obſtet, poterit in vinea conſtitui cenſus, ut penſiones ſolvantur in tritico. Ratio eſt, quia poteſt penſio reduci ad certam portionem pecuniæ ſolvendam: ergo etiam ad certam quantitatem fructuum alterius ſpeciei, quàm cujus ferax eſt res cenſita. De Iure poſitivo probatur inde, quia verba aliud non requirunt, nec ad ſcopum & finem legis intereſt, in qualibus fructibus ſolvatur: ergo, cùm lex ſit exorbitans, non eſt in alio rigore accipienda.

325. QUÆRITUR 3. An quis poſſit alteri vendere cenſum ex re non ſua, conſentiente tamen Domino. ℞. Affirmativè, nam res ipſa obligari utique poteſt conſenſu Domini. quo tamen caſu venditor tenetur penſiones ſolvere, quamdiu res illa ſalva & frugifera permanet: ex quo apparet, talem cenſum non eſſe perſonalem propriè loquendo. Quodſi ſine conſenſu Domini conſtitueretur, tunc venditor teneretur de evictione, ſi emptor ignoravit eſſe alienam, aut incapacem talis obligationis, ut ſi eſſet fideicommiſſum. ſi verò ſcivit, tunc quidem venditor non tenetur de evictione, tenetur tamen vel cenſum conſtituere in re aliqua propria, vel certè reditus ſeu intereſſe ſolvere, non quidem titulo Cenſûs, ſed ratione pretii non reſtituti,

tuti, quæ omnia conſtant ex dictis cap. præced. de Contractu Emptionis.

§. II.

Emendus eſt Cenſus pecuniâ numeratâ, præſentibus teſtibus & Notario, & in actu celebrationis inſtrumenti, non prius, recepto integro juſto pretio.

SUMMARIUM.

Secunda Conditio requiſita eſt, ut ematur cenſus pecuniâ numeratâ, & integro pretio ſoluto, quod tamen non eſt de Jure naturæ. 326.

An valeret, ſi loco pecuniæ alia res pro pretio ſolveretur. 327.

An poſſet, etiam Iure Pontificio, conſtitui cenſus auctoritate Iudicis. 328.

An pecunia in præſenti numeranda ſit, etiam tunc quando Cenſus jam ſemel conſtitutus venditur. 329.

An non obſtante Bullâ poſſet Creditor in Emptione Cenſûs adjicere pactum, ut debitor ſtatim acceptâ pecuniâ per ejusdem redditionem extinguat debitum præſens. eod.

Ratio ſic ſtatuendi erat, ut occurreretur fraudibus Emptorum, & damno Venditorum, qui ob neceſſitates præſentes facilè adigebantur ad vendendum cenſum, nullâ pecuniâ acceptâ, ſed mercibus quibus non indigebant, & quidem pretio ſummo: & fortè accipiebant ſolam partem pretii, cùm tamen penſiones integræ ſolvendæ eſſent: aliquando etiam debitores adigebantur ad vendendum cenſum pro debito, unde ficbat, ut pauperes ad extrema deducerentur.

326. QUÆRITUR tamen, an hoc, quòd integro pretio in præſenti ſoluto emendus ſit cenſus, ſit de Iure naturæ. Affirmant multi, quos refert & ſequitur Salas. Sed alii communiùs, & veriùs negant, quos referunt, & ſequuntur Dicaſtillo & Lugo. Ratio eſt, quia in prædiorum emptionibus poteſt pretium non actu ſolvi, ſed pro credito apud emptorem manere, & tamen fructus ad emptorem pertinebunt: Ergo etiam poſſet fructus cenſuales percipere, etiamſi pretium non eſſet ſolutum, ſi hoc fieret ſine fraude, & damno Venditoris; quidni enim poſſet huic aliquando æquè gratum eſſe, pecuniam manere apud debitorem, & emptorem, quando illa de præſenti non indiget, quàm apud ſe eſſe fortè periculis expoſitam, & nihil fructificantem? Ex quo facilè ſolvuntur argumenta contraria, quæ fundantur in præſenti neceſſitate vendentis, quod non eſt univerſaliter neceſſarium, nec de Iure naturæ eſt, absque hac neceſſitate non poſſe conſtitui cenſum.

Præterea non eſt neceſſe de Iure naturæ, ut penſio ſolvatur proportionata pretio accepto, ſatis enim eſt, ſi ſit proportionata pretio ſolvendo, ſi venditoris non intereſt, actu ſolvi. Quare, ubi Bulla non eſt recepta, talis cenſus valeret, ſi bonâ fide, & absque læſione venditoris conſtitueret, ſicut, ſi gratis & ſine pretio conſtitueret, prout poſſet.

327. QUÆRITUR 2. An invalidus eſſet contractus, ſi loco pecuniæ aliæ res, v. g. maſſa argenti, pro pretio ſolveretur. Et primò quidem quid ſit de Iure naturæ: deinde quid de Iure Pontificio.

De Iure naturæ aliqui diſtinguunt, & concedunt, ſi maſſa argenti, &c. æſtimata traderetur, talis enim æſtimatio faceret venditionem: ſecùs, ſi inæſtimata, quia tunc eſſet permutatio, & non emptio. Dicendum tamen eſt cum communi DD. ſufficere, & valituram talem permutationem, quia non eſt de conceptu cenſûs, ut fiat venditione: nec apparet ulla repugnantia, cur non potuiſſet cenſus conſtitui, antequam erat uſus pecuniæ, & omnia permutationibus agebantur.

De Iure Pontificio tres ſunt ſententiæ. Prima vult valere, (ſi reverâ abſit fraus) in utroque foro, quia lex fundatur in præſumptione fraudis. Hoc fundamentum jam ſuprà rejectum eſt, & oſtenſum, legem non fundari in præſumptione fraudis in quocunque caſu particulari. Secunda ſententia vult valere in foro conſcientiæ, non in foro externo. quare quamdiu non damnaretur à Iudice, poſſent contrahentes ſine peccato ſolvere & accipere penſiones. Auctores refert Lugo *n. 83.* & Diana *tom. 1. de Contr. reſol. 44.*

Tertia, & vera ſententia docet, in utroque foro contractum eſſe nullum. quia Pontifex declarat nullos, & irritos hujusmodi contractus. & quia alioquin non ſatis occurreretur fraudibus. Ità plures, quos ſequitur Salas, Lugo, Palao.

328. QUÆRITUR 3. An poſſet, etiam Iure Pontificio inſpecto, conſtitui Cenſus auctoritate Iudicis, condemnantis moroſum debitorem, ut in pœnam contumaciæ ſit obligatus ſolvere ſingulis annis certũ cenſum, donec debitum ſolvat. Negat Palao: quia Pontifex pro omni cenſû de novo erecti conſtitutione pecuniam numeratam requiſivit: & hoc ait latè probari à Feliciano *de Cenſibus lib. 2. c. 5. n. 11.* Affirmant tamen Molina & Lugo, volentes, Bullam accipiendam eſſe ſolùm de cenſibus ex contractu, non de illis qui juſtâ ſententiâ conſtituuntur, ſicut nec de illis, qui creantur teſtamento, vel donatione. Porrò, ſi judex hoc faceret, meliùs conſuleret creditori, quàm ſi debitorem præcisè condemnaret ad intereſſe ratione damni emergentis, aut lucri ceſſantis. nam tunc haberet obligatio-

Digitized by Google

ligationem probandi damnum emergens, & lucrum ceſſans.

329. QUÆRITUR 4. An hæc conditio pecuniæ in præſenti numerandæ, etiam requiratur, ſi cenſus jam ſemel conſtitutus vendatur. Negat cum quibusdam à ſe relatis Salas *dub. 8. in fine*. Sed iſti AA. non videntur attendiſſe ad verba Bullæ, quæ habentur prope finem, ubi omnes conditiones requiruntur obſervandæ: *Nedum in cenſu noviter creando, verùm etiam in creato quocunque tempore alienando, modò poſt publicationem conſtitutionis creatus ſit, perpetuò, & in omnibus ſervari volumus.* Ergo ubi Bulla eſt recepta, eſt etiam hæc conditio in tali caſu obſervanda, ut ſupponunt Lugo, Molina, Palao. Aliud eſt dicendum de extinctione cenſûs, de qua non loquitur Bulla, nec erat cauſa requirendi pecuniæ numerationem, quia in extinctione non imminet periculum uſuræ, ſicut in creatione.

QUÆRITUR 5. An non obſtante Bullâ, poſſet creditor in emptione Cenſûs adjicere pactum, ut debitor ſtatim acceptâ pecuniâ per ejusdem redditionem extinguat debitum præcedens. Ratio dubitandi eſt, quia videretur ſatisfieri rigori verborum Bullæ, quia pecunia verè numeraretur, & ità ſentit P. Molina *d. 390. n. 2.* Quem tamen Auctorem meritò refutat Lugo (quamvis dicat ſe dubitare) quia bujusmodi pactum eſt contra intentionem Pontificis, volentis, ut pecunia numeretur venditori, & ità ejus fiat, ut habeat liberum illius uſum: atqui tali pacto reſtringeretur ad unum actum, nempe ad extinctionem debiti. Et quidem, ſi tale pactum valeret, ad quid prohiberetur, ne ea debito præcedente cenſus conſtitueretur? Poſſet enim facilè creditor offerre pecuniam cum pacto ſtatim recipiendi: quod in effectu idem eſſet, ac ſi cenſum emeret ea debito præcedente, quod expreſsè prohibetur. Hinc ego non video, quomodo Lugo addat, faciliùs fortè doctrinam Molinæ locum habere poſſe, ſi non apponeretur tale pactum in ipſo contractu cenſuali, ſed antecedenter debitor ſe obligaret ad ſolvendum Creditori debitum, ſi poſtea idem creditor pecuniâ præſenti cenſum ab eo emeret: [Poſtea enim (inquit Lugo) ſi creditor alio contractu ſeorſim, & omnino independenti, pretio præſenti cenſum emeret, hoc ſecundo contractu verè poneret pretium in pleno dominio, & poteſtate venditoris, quantùm ex vi illius contractûs, licèt ex pacto antecedente debitor obligatus eſſet ad ſolvendum illi debitum præcedens.] Ità quidem Lugo. Sed nunquid redit argumentum, quo Lugo Molinam petiit? nunquid hac ratione facilè eſſet creditori præmittere bujusmodi pactum, & tunc in effectu idem eſſet, ac ſi ex debito emeretur cenſus? nunquid tale pactum præcedens reſtringeret liberum uſum pecuniæ? uno verbo, nunquid eſſet manifeſtè in fraudem legis? Nullum ergo mihi dubium eſt, quòd, eſto contractus celebratus eſſet validus, tamen venditori daretur exceptio doli, ut non cogeretur, nec cogi poſſet ad ſtandum illi pacto. Et fortè P. Molina plus non voluit: nec enim abſolutè approbat valorem talis pacti, ſed ſolùm dicit, quòd non auderet Contractum damnare tanquam invalidum. Sicut etiam paulò antè dixerat, quòd non auderet damnare, ſi pecunia traderetur in præſentia Notarii & Teſtium, quæ tamen priùs in eorum abſentia fuiſſet numerata: & quidem in utroque foro putat valiturum: quod ego non auſim aſſerere, quia verba Pontificis ſunt nimis aperta, quibus requiritur, ut non fuerit priùs numerata.

§. III.

Non valet pactum faciendæ ſolutionis anticipatæ penſionum: aut obligans ad caſus fortuitos.

SUMMARIUM.

Tertia conditio, ne valeat pactum anticipatæ ſolutionis penſionum faciendæ, aut obligans ad caſus fortuitos: quomodo intelligenda. 330.

330. Hanc clauſulam Molina, Leſſius, aliíque intelligunt de anticipata ſolutione in pactum deducta, quâ venditor cogeretur ſolvere penſionem v.g. primi anni ſtatim poſt pretium numeratum, ità ut illam emptor detrahere poſſet: unde etiam non valeret, ſi pactum eſſet, ut poſt 4. menſes à tempore emptionis ſolveretur penſio integri anni. Hoc ſenſu eſt hæc conditio de Iure naturæ, ut patet ex dictis. nam, in effectu, hoc non eſſet numerari totum pretium ad liberum uſum venditoris, nec ſervaretur illa proportio, quæ ad juſtitiam hujus contractûs requiritur, quia exigeretur penſio integra pro anno non integro.

Cæterùm, non eſt anticipata ſolutio hîc prohibita, ſi pars penſionis ſolvatur pro parte anni elapſi, v.g. dimidia penſio, elapſo anni dimidio. nam etſi, nullo interveniente pacto, ſolùm ſit obligatio ad finem anni, ſolet tamen ſæpè fieri pactum, ut certo tempore elapſo certa & proportionata pars penſionis ſolvatur. In qua ſolutione non attenditur ad tempus fructuum, ſed ſolùm ad temporis lapſum, & proportionem mathematicam, ſive eo tempore ferantur fructus, ſive non.

Quoad pacta obligantia ad caſus fortuitos illa ſolùm prohibentur, quæ non inſunt ex natura hujus contractûs. hujusmodi eſſe putavit P. Molina, ſi ſe obligaret venditor ad ſolvendas integras penſiones, etiam caſu, quo fructus eſſent per accidens minores. Sed de hoc actum eſt ſuprà, & dictum, hujusmodi pactum non eſſe

præter

præter naturam contractûs. Alia pacta extranea & in Bulla prohibita legenda ſunt in ipſa Bulla, nec indigent declaratione. Quia verò non ſunt de Iure naturæ illicita, ideo nec ubique recepta.

§. IV.

In alienatione Cenſualis rei præferendus eſt Cenſualiſta.

SUMMARIUM.

QVarta conditio, ut in alienatione rei cenſualis præferatur Cenſualiſta, an præjudicet Iuri Retractûs. 331.

331. QUamvis in Bulla prohibeantur pacta de non alienanda re cenſuali, & de ſolvendo laudemio, nihilominus præcipitur Venditori, ut ante omnes alios offerat rem emendam Cenſualiſtæ; hoc tamen non requiritur ad valorem venditionis. Imò non obligat ad præferendum Cenſualiſtam aliis, v. g. cognatis, qui ex Iure communi gaudent Iure prælationis. neque enim Pontifex voluit favere Emptori Cenſualiſtæ cum præjudicio favorum jam antè lege communi aliis conceſſorum.

§. V.

Re Cenſuali pereunte, vel infructuosâ effectâ, cenſus pro rata perit.

SUMMARIUM.

QVintâ conditione improbatur pactum aſſecurationis, quod Iure naturæ non eſſet prohibitum. 331.
An infructuoſitas ſuperveniens debeat eſſe perpetua ex natura rei. 332.
An reſtantibus partibus fructiferis ſufficientibus ad ſolvendum cenſum, debeatur cenſus integer. 333.
Reſolutio Rotæ Romanæ. 334.
Si fundus cenſualis divideretur inter plures Dominos, an Cenſualiſta poſſet à ſingulis exigere cenſum totum. 335.
Si res pereat, aut fructuoſa fiat culpâ venditoris, quid Iuris competat Cenſualiſtæ. 336.
Si res pereat quidem, v. g. domus corruat, ſed alia in eadem area ædificetur, an ſit cenſui ſubjecta. 337.

QUâ conditione improbatur pactum aſſecurationis, quod alioquin Iure naturæ non eſſet prohibitum de ſolvendo cenſu, etiam re pereunte, dummodo non degeneraret in cenſum perſonalem, & augeretur pretium. Ob periculum tamen aliquod uſuræ voluit Pontifex hoc pactum improbare.

332. QUÆRITUR 1. An infructuoſitas ſuperveniens debeat eſſe perpetua ex natura rei. ℞. Affirmativè. Vnde non ſufficeret, ſi v. g. per inundationem ad paucos annos fuiſſet reddita infructifera, dummodo poſtea iterum fructifera evadat: adhuc enim integræ penſiones ſolvendæ eſſent, ut deducitur ex ſuprà dictis.

333. QUÆRITUR 2. Utrum ſi una pars rei cenſualis reddita eſſet infrugifera, cæteræ tamen partes ſufficerent, ut deductis impenſis cenſus integer ſolveretur, debeat adhuc integer ſolvi. In hoc puncto communis quidem eſt Theologorum ſententia negativa, ac proinde vult hæc opinio, eſſe cum proportione diminuendam penſionem. Vnde ulteriùs infert Lugo n. 104. ſi aliqua pars prædii non ſit penitus infrugifera reddita in perpetuum, minùs tamen fœcunda in perpetuum, ità ut fructus, qui ex illa percipiuntur, non ſufficiant deductis expenſis ad partem illam penſionis ſolvendam, quæ illi parti prædii pro rata reſponderet, non eſſe ſolvendam integram penſionem, etiamſi ex alia parte prædii uberiores, quàm antè, fructus percipiantur, ſed ex parte fœcunda ſolvendam partem, quæ illi correſpondebat, aliâ verò parte minùs fæcundâ redditâ, ſolvendum ſolùm, quantùm valere poſſunt fructus deductis expenſis.

334. Cæterùm, hæc communis doctrina non eſt ità fundata, ut non potiùs in praxi contrarium tenendum ſit, ob deciſionem Rotæ Romanæ 30. Octob. 1602. in qua definitur, redditus integros ſolvendos ex parte prædii remanente, ſi ejus fructus ſufficiant, ſecùs, ſi non ſufficiant, & de hoc intelligendam Bullam; quam Reſponſionem Rotæ acceptavit Summus Pontifex. Nec difficile eſt ad fundamentum contrariæ ſententiæ reſpondere.

Argumentatur ergo Lugo hoc modo. Cenſus fuit realis obligatio totius prædii, quæ obligatio coextenditur ipſi prædio, ità ut ſit tota in toto, & pars in parte: ergo pereunte parte prædii perit pars illa obligationis, quæ ei parti adhærebat. ℞. In antecedente peti principium, & ſupponi quod eſſet probandum. quare illud negatur, & potiùs ſupponitur, conſtitutum eſſe cenſum totum in toto, & totum in qualibet parte; & hoc ad præſcindendam materiam infinitarum litium, quæ naſcerentur, ſi illa proportio eſſet obſervanda.

Vnde etiam negandum eſt, quod idem auctor tradit n. 105. nempe, ſi, quando cenſus conſtitutus fuit ſuper aliquo prædio, & altera pars prædii fuit fœcundior aliâ, non intelligi diviſam æqualiter obligationem penſionis in utraque parte, ſed majorem partem penſionis conſtitui ſuper parte fæcundâ, & minorem ſuper parte minùs fæcunda, juxta proportionem majoris, vel minoris fæcunditatis, quàm ſingulæ habent. Hoc

inquam, negandum eſt, & contrarium ſupponit Rota Romana, quia cenſetur cenſus indiviſibiliter conſtitutus ſupra totam rem, ità ut unius ſecundi tas ſervire poſſit ad ſupplendum defectum alterius.

335. Hinc contra eundem Cardin. infero cum P. Molina *d.391. n.3.* Navarr. & Leſſio, quòd ſi fundus cenſualis divideretur inter plures Dominos, ſive per venditionem, ſive per ſucceſſionem, quòd inquam Cenſualiſta poſſet à ſingulis exigere cenſum totum, vel quantùm fructus pretentur demptis expenſis: quia cenſus eſt impoſitus totus ſingulis partibus.

Neque quidquam difficultatis habet, quod objicit Lugo, nempe ex terminis ipſis manifeſtè abſurdum apparere quòd ſi emas particulam fundi magni, quæ valeat 100. aureos, eo ipſo aſſumas tibi obligationem ſolvendi 2000. aureos annuos pro penſione cenſûs, cui totus fundus ſubjectus erat. Ad hoc negatur ſuppoſitum, quòd particula fundi poſſet vendi, quando habet tale onus, vi cujus excederet tale pretium. Itaque ratione talis oneris, attento ſimul regreſſu quem haberet emptor contra venditorem, ſi ipſe ſolveret totum cenſum, deberet temperari pretium, & hoc facto ceſſat tota abſurditas, & admirabilitas.

Inſtantia, quam affert Lugo, quòd nempe ſinguli hæredes non poſſunt à creditore ratione mutui dati defuncto in ſolidum conveniri, non eſt ad rem, quia eſt merum Ius perſonale, quod dividitur inter hæredes partiales: noſter autem caſus fundatur in Iure reali, afficiente indiviſibiliter totum fundum.

336. QUÆRITUR 3. Si res cenſui ſubjecta pereat aut infructuoſa fiat culpa debitoris ſeu venditoris, quid juris competat Cenſualiſtæ. Doctores diverſimodè reſpondent, ſed diſtinctione, quâ utitur Lugo, conciliari poſſunt. Si enim cenſus eſt redimibilis, poteſt uti jure ſuo debitor, & pretium reſtituere, ſed interea tenetur ad penſiones ſolvendas, quia tenetur ad damnum emergens & lucrum ceſſans ex ſua culpa cauſatum. Si verò cenſus eſt irredimibilis, non tenebitur Creditor læſus acceptare pretium, ſed potiùs tenebitur debitor actione de dolo, vel in factum ad ſolutiones penſionum, perinde acſi resnon periiſſet; poterit tamen conſtituere cenſum in alia re æquè frugifera, & æſtimabili.

337. QUÆRITUR 4. Si res cenſui ſubjecta pereat quidem, v. g. domus corruat, ſed deinde alia in eadem area, imò ex iiſdem lapidibus ædificetur, an ſit cenſui ſubjecta. ℟. Negativè, quia juridicè eſt, alia domus, cui pendinde nunquam cenſus impoſitus fuit: arg. legis 83. §. 5. ff. de V. O. ibi prope finem. [Et navis ſi hac mente reſoluta eſt, ut in alium uſum tabulæ deſtinarentur, licèt mutato conſilio perficiatur, tamen & perempta prior navis, & hæc alia dicenda eſt. Sed ſi reficiendæ navis cauſâ omnes tabulæ refixæ ſint, nondum intercidiſſe navis videtur, & compoſitis rurſum eadem eſſe incipit: ſicuti de ædibus depoſita tigna eâ mente ut reponantur, ædium ſunt: ſed ſi uſque ad aream depoſita ſit, licèt eadem materia reſtituatur, alia erit.

§ VI.

Cenſus debet eſſe eodem pretio redimibilis, præviâ denuntiatione, quâ factâ poteſt cogi ad redimendum.

SUMMARIUM.

Extra conditio redimibilitas eodem pretio, quæ non eſt de jure naturæ. 338.

An Pontifex conſtituerit, ut deinceps nullus cenſus irredimibilis valeat. 339. & ſeqq.

An emptor ſit obligatus acceptare redemptiones partinles. 344.

Quid ſi res perveniat ab uno ad plures, an unus abſque altero poſſit redimere. 345.

Quomodo debeat venditor bimeſtri ante extinctionem denuntiare. 346.

An elapſo bimeſtri poſſit emptor cogere venditorem ad redimendum. 347.

338. Legenda ſunt verba Bullæ ſup. relata. in quibus ſit venditori poteſtas redimendi cenſû eodem quo emptus eſt pretio, non obſtante quacunque etiam 100. annorum præſcriptione aut pacto contrario: ità tamen ut Cenſuarius denuntiet redemptionem faciendam creditori duobus menſibus antequam fiat redemptio: & hoc utique in favorem Cenſualiſtæ, ut poſſit citiùs circumſpicere de modo collocandi iterum pecuniam, ut fructificet. Quia verò hac redimendi poteſtate poſſent Cenſuarii abuti, terrendo Creditorem ſimulatâ redemptione, ut minuat penſionem, ideo factâ denuntiatione datur creditori poteſtas cogendi poſt duos menſes, & intra annum debitorem ad redimendum. Quodſi non coëgit, reducitur res ad priorem ſtatum, ut iterum poſſit factâ denuntiatione redimi, non factâ verò redemptione cogi, &c.

Porrò, hæc redimibilitas non eſt de eſſentia hujus contractûs, conſiderati præcisè ſecundùm Ius naturæ. Poſſet enim, ſeclusâ lege poſitivâ conſtitui cenſus omnino irredimibilis, ut fatentur DD. ſicut aliæ res emuntur excluſo omni Iure redimendi, dummodo pretium ſit juſtum. Vnde non video, quo fundamento Covarruvias & Molinæus dixerint, non valituros, etiam de Iure naturæ, pactum de non redimendo ante decennium, item de non ampliùs redimendo poſt decennium. Cùm enim hæc eſſet irredimibilitas temporanea & limitata, à fortiori licèret

Iure

jure naturæ, ſi liceret perpetua. Certè alias res cum tali pacto emi poſſe, conſtat ex cap. 25. Levit. [Qui vendiderit domum intra urbis muros, habebit licentiam redimendi, donec unus impleatur annus: ſi non redemerit, & anni circulus fuerit evolutus, Emptor poſſidebit eam & poſteri ejus in perpetuum, & redimi non poterit etiam in Jubilæo.]

339. DUBITATUR tamen, & admodum controvertitur, utrum Pontifex dum ſtatuit, ut omnes cenſus redimi poſſint eodem pretio, &c. voluerit omnes cenſus deinceps debere conſtitui redimibiles, adeóque ubi Bulla eſt recepta, cenſus irredimibiles eſſent invalidi. Negat Navarrus, quem ſequitur P. Molina & Salas *dub.* 12. *n.* 4 & Caſtro Palao *n.* 23. Hi ergo Auctores contendunt, verba Pontificis ità intelligenda eſſe, ut ſolùm loquatur de cenſibus redimibilibus conſtitutis, ut nempe iſti redimi poſſint eodem pretio, ità ut non liceat pretium augere.

Huic etiam ſententiæ favet Leſſius n. 92. dicens. [in Bulla rejici cenſus irredimibiles non quidem omnes, (juxta Navar. n. 98.) ſed eos, qui non emuntur multò pluris quàm redimibiles: hi enim ſunt iniqui. qui verò juſto pretio emuntur, cùm per totum orbem Chriſtianum ſint receptiſſimi, per juſtam epiikiam poſſunt excipi, ut ibidem rectè docet Nav. non enim credibile eſt, Pontificem tam generalibus verbis, tam obiter cenſus tam receptos velle tollere: præſertim cùm in illis ceſſet omnis præſumptio uſuræ.]

340. Affirmativa tamen, inſpectis Bullæ verbis, eſt verior, eámque tenet Rebellus, Bonacina, & Lugo. [Agit enim Pontifex (ait Lugo) univerſaliter de omnibus cenſibus impoſterum creandis, & hos omnes dicit tales debere eſſe, ut poſſint ſemper à venditore eodem pretio redimi, non obſtante quolibet pacto, quo ſibi ejusmodi facultatem auferat. Cum ergo in cenſu irredimibili adſit pactum expreſſum, quo ejuſmodi facultas redimendi directè aufertur; conſequens eſt, ut tale pactum omnino prohibitum ſit.]

341. Ulteriùs Lugo conatur evincere Concluſionem argumento ad hominem contra Molinam & Leſſium, qui admittunt, aliquas conditiones in Bulla poſitas etiam eſſe extendendas ad cenſus irredimibiles, & hoc, ob generalitatem verborum: v.g. ne exigantur ſolutiones anticipatæ, ne re venditâ exigatur laudemium, ne augeatur cenſus ex penſionibus non ſolutis, &c. Cùm ergo, (infert Lugo) eâdem univerſalitate Pontifex prohibeat pacta non redimendi, hæc etiam prohibitio extendetur ad omnes cenſus creandos, imò magis ad irredimibiles, qui magis directè huic clauſulæ adverſantur.

Hæc tamen conſequentia negari poteſt ex fundamento adverſariorum. quia in his omnibus conditionibus ſubeſt periculum uſuræ, non item in conſtitutione cenſûs irredimibilis, quin potiùs in cenſu redimibili ſubeſt periculum uſuræ. Huic ergo adverſariorum fundamento ſatisfaciendum eſt, & tunc verba Bullæ in claro & proprio ſenſu accipienda.

342. Objiciunt ergo adverſarii. In erectione cenſûs irredimibilis nullum periculum uſuræ intercesſit ſicut in redimibili. Deinde anteceſſores Martinus V. & Calixtus III. nihil ſtatuerunt circa cenſus irredimibiles: atqui Pius V. illis ſolis cenſibus formam præſcribere voluiſſe videtur, de quibus anteceſſores locuti ſunt. Denique Pontifex ſolùm loquitur de illis cenſibus, contra quos juſtæ querimoniæ depoſitæ fuerunt: atqui contra irredimibiles nullæ depoſitæ eſſe videntur.

Reſpondeo, & quoad primum retorqueo argumentum ad hominem in adverſarios, qui docent, Pontificem prohibuiſſe, ne pactum adjiciatur, ut cenſus poſt decennium non redimatur. Quæro, an in tali irredimibilitate nullum ſubſit periculum palliandi uſuram? ſi nullum ſubeſt? cur ergo prohibetur? ſi ſubeſt? ergo multò magis poteſt ſubeſſe in cenſu penitûs irredimibili, quia penſiones poſſunt eſſe tam frequentes, & facilè ſperabiles, ut denique multiorum ſuperent pretium ſolutum. Vel quamcunque aliam aſſignaverint cauſam aut periculum uſuræ adverſarii, eandem & nos aſſignabimus. Deinde potuit Pontifex voluiſſe abeſſe à venditoribus graviſſimum onus nunquam redimendi cenſum, & manendi perpetuum debitorem.

343. Ad 2. reſpondetur, illos Pontifices locutos fuiſſe de cenſibus, de quibus interogabantur, qui fuerunt redimibiles; Pius V. autem egit univerſaliter de omnibus, ut patet ex verbis Bullæ.

Ad 3. R. ex Bulla potiùs colligi, quòd etiam de irredimibili cenſu fuerint querelæ moræ: nam prohibetur, ne vel ex culpa debitoris, & in pœnam transeant cenſus in irredimibiles: ergo à fortiori poterant eſſe querelæ de irredimibilibus, abſque ulla culpa, quia eſt utique graviſſima ſervitus, nunquam poſſe in libertatem reſtitui.

344. DUBITATUR 2. An Emptor ſit obligatus acceptare redemptiones partiales ſolutione partiali & ſucceſſivâ pretii: vel an poſſit venditor obligari ad non redimendum partialiter. Aliqui hoc poſterius negârunt, quos referunt & ſequuntur Dicaſtillo & Palao. Sed eſt concedendum, poſſe ad hoc obligari, nec emptorem teneri ad acceptandum: quia in Bulla non reprobatur tale pactum, quod non eſt contra naturam hujus contractûs, ſed potiùs juxta ejus naturam, ut emptor non teneatur acceptare partiales redemptiones, quamvis, ſi velit,

poſſit

Digitized by Google

poſſit ſe obligare ad acceptandas; & ità cum aliis tenet Lugo.

Confirmatur. Nam eſto, ſecundùm multos, creditores alii teneantur etiam partiales ſolutiones debitorum acceptare (quod tamen alii negant, de quo alibi actum eſt) attamen, quando non ſolvitur debitum (ſicut redemptio cenſûs non eſt ſolutio debiti) ſed fit pactum de retrovendendo, hoc pacto non obligatur emptor ad retrovendendam partialiter rem emptam, ſed vel nihil, vel tota eſt redimenda. Ergo idem in redemptione cenſûs obſervabitur: quia non minùs grave eſſet cenſualiſtæ, ſi pars cenſûs extingueretur, ac ſi pars fundi vel gregis eſſet retrovendenda.

Confirmat hoc optimè Lugo exemplo pignoris accepti, v. g. duorum poculorum aureorum pro debito pecuniario: ubi non poteſt cogi, ut permittatur debitor luere unum poculum ſoluto partialiter debito, quia utrumque poculum eſt indiviſibiliter oppignoratum pro qualibet parte debiti. Ex hac autem inſtantia poteſt co firmari id quod ſuprà contra hunc ipſum auctorem dixi, cenſum eſſe indiviſibiliter conſtitutum ſupra quavis parte rei cenſualis, ità ut unâ pereunte, ſi reſiduum fert fructus ſufficientes, adhuc debeatur totus cenſus, prout deciſum eſt à Rota Romana.

Objiciunt adverſarii ad probandum, quòd debeat eſſe licitum ex natura rei redimere partem cenſûs. Quia aliquin frequenter evaderet in effectu cenſus irredimibilis ex redimibili manente eodem pretio, nempe quia cenſuarii, ſunt ſæpè pauperes, ut non poſſint totam pretii ſummam ſimul refundere, poſſent autem per partes. Reſpondet egregiè Card. de Lugo, non eſſe pretia rerum taxanda ex circumſtantiis perſonæ emptoris aut venditoris: alioquin cenſus redimibilis eſſet majori pretio emendus à paupere quàm à divite, quia ibi eſt minor probabilitas futuræ redemptionis.

345 Petes. Quid ſi res cenſui ſubjecta perveniat ab uno ad plures, v. g. duos hæredes: an tunc unus illorum abſque altero poſſit redimere partem cenſûs ſibi ſolvendam. Affirmat Lugo, quia, ut ſuprà vidimus, ille tenet, quòd tunc neuter poſſit in ſolidum conveniri. Ego tamen conſequenter nego, & pro fundamento negandi utor inſtantiâ pignoris ab ipſo Lugone allatâ. non enim eſt integrum uni hæredi partem pignoris luere, ſolvendo partem debiti ſibi ſolvendam.

346. DUBITATUR 3. Quomodo ſit intelligendum, quòd venditor debeat bimeſtri ante extinctionem cenſûs denuntiare: an poſſit quocunque illius bimeſtris die cogi cenſualiſta ad acceptandum pretiū, & extinguendū cenſum. Affirmat P. Molina, colligens ex verbis Bullæ. [Ubi pretium neque volens intra bimeſtre ſolvat.] Negandum tamen eſt cum Salas, Palao, & Lugo. Quia, ut dictum eſt, bimeſtre indulgetur in favorem cenſualiſtæ, ut poſſit circumſpicere de modo collocandi fructuosè pretiums: ergo conceditur illi bimeſtre, ad interim fruendum cenſu. Probatur conſequentia. Si enim debitor poſſet pro arbitrio ſtatim ſequenti poſt denuntiationem die extinguere cenſum invito creditore, non eſſet opus denuntiatione duobus menſibus præcedente, poſſet enim præcedente die denunciare, & ſtatim extinguere.

347. DUBITATUR tamen 4. An, ſicut creditor ſeu cenſualiſta non tenetur ante elapſum bimeſtre acceptare pretium, & extinguere cenſum, ſic etiam non poſſit niſi poſt elapſum bimeſtre per reliquos decem menſes cogere venditorem ad extinguendum cenſum; vel an etiam intra bimeſtre poſſit cogere venditorem ad extinguendum cenſum. Hoc poſterius probabiliter defendit Lugo in fine ſect. 8. & ſatis benè colligit ex verbis Bullæ. [Et poſt denuntiam intra annum etiam ab invito pretium repeti poſſe.] quibus verbis conceditur poteſtas cogendi ad extinctionem non ſolùm per decem menſes poſt elapſum bimeſtre, ſed planè per annum poſt denuntiationem factam. ergo etiam intra bimeſtre immediatum. Ergo licèt Cenſualiſta non poſſit intra bimeſtre cogi, ut dictum dub. præced. poteſt tamen, factâ denuntiatione, ipſe cogere Cenſuarium. Rationem differentiæ declarat idem Cardinalis. Quia cùm debitor ex ſe denuntiat, jam ſupponitur eſſe paratus, & habere unde ſolvat, & ideo non erat neceſſe indulgere illi ulterius tempus, quo non poſſit cogi ad ſolvendum: creditor autem, cui denuntiatur extinctio, non eſt paratus, & ideo conceditur ei bimeſtre, quo poſſit præparare, & quærere, ac cogitare, quid pretio illo poſſit comparare.

§. VII.

Non valet pactum redimendi in favorem emptoris adjectum

SUMMARIUM.

Septima conditio ne fiat pactum redimendi in favorem emptoris. 348.

An prohibeatur pactum, ut moroſus debitor poſſit in pœnam cogi ad redimendum. 349.

348. NOn, inquam, valet pactum, quo obligetur venditor redimere, quando voluerit emptor, invito debitore. Ratio prohibendi erat manifeſtum uſuræ periculum, nempe recipiendi pretium, & inſuper habendi penſiones jam ſolutas. Quod ſi penſiones vellet computare in partem pretii, tale pactum non eſſet

ſet contra verba Bullæ, & eſſet potiùs inſtar mutui.

349. DUBITATUR, an etiam prohibeatur pactum, ut moroſus debitor in ſolvendis penſionibus poſſit in pœnam cogi ad extinguendum cenſum. Reſpondetur quamvis tale pactum non eſſet contra Ius naturæ, prohibitum tamen eſſe etiam illis verbis: *aut ob pœnam.*

§. VIII.

Referuntur in compendio Conditiones, & Clauſulæ Bullæ Pii V.

SUMMARIUM.

Referuntur undecim Clauſulæ & Conditiones in Bulla contentæ. 350.

HActenus clauſulæ difficiliores explanatæ ſunt, præteritis quibuſdam facilioribus, nunc omnium ſummam adjicere placet.

Prima Clauſula, ſeu Conditio. Cenſus non inſtituatur niſi ſuper re immobili ſuâ naturâ, ſeu æquivalente, frugifera & certis finibus deſignata.

Secunda. Non celebretur niſi numeratâ pecuniâ in actu celebrationis inſtrumenti coram Notario & Teſtibus.

Tertia. Ne penſiones anticipatæ deducantur in pactum.

Quarta. Ne Venditor censûs obligetur ad caſus fortuitos, vel ad alia onera, ad quæ ex natura contractûs non tenetur.

Quinta. Ne fiat pactum reſtringens libertatem cenſuarii, alienandi rem cenſui ſubjectam, & ne fiat pactum ſolvendi cenſitori laudemium.

Sexta. Ut dominus rei cenſitæ volens eam vendere, admoneat Cenſualiſtam, ut poſſit, ſi velit, eam emere eodem pretio, eúmq; aliis præferat. Eo tamen recuſante emere, poterit Cenſuarius uni vel pluribus rem etiam diviſam vendere, translato onere in emptores. Quibus non ſolventibus penſionem, non tenetur venditor ſolvere.

Septima. Non valet pactum, quod Cenſuarius moroſus teneatur ad eſſe lucri ceſſantis, vel ad aliam pœnam, vel ad amittendam rem cenſitam, vel ad expenſas.

Octava. Non poteſt augeri cenſus conſtitutus ex penſionibus jam debitis, non ſolutis.

Nona. Semper liberum eſſe debet Cenſuario redimere cenſum, quando voluerit, refuſo eodem pretio quo vendiderat, non obſtante quocunque pacto aut temporis lapſu: præmonito tamen cenſualiſtâ duobus menſibus antè, ut ſuprà explicatum eſt, à quo tempore poteſt per annum cogi ad redimendum.

Decima. Cenſuarius non eſt cogendus abſolutè ad redimendum cenſum, niſi in caſu jam relato.

Vndecima. Pretium censûs ſemel conſtitutum, non poteſt augeri vel minui ob circumſtantias ſupervenientes, de quo tamen ſuprà dictum eſt, quomodo ſit intelligendum.

§. IX.

Expediuntur plura dubia ad hanc materiam ſpectantia.

SUMMARIUM.

AN deficiente aliquâ conditione totus contractus ſit nullus. 351.

Quouſque ſe extendant verba Bullæ: à fiſco volumus vindicari. 352.

An venditor habens jus redimendi cenſum, poſſit obligari ad redimendum cenſum eâdem monetâ in ſpecie. 353. *& ſeqq.*

An tale pactum ſit in Bulla prohibitum ſpecialiter. 356.

An in bonis pupili aut minoris poſſit conſtitui cenſus abſque decreto Iudicis. 357.

An Emphyteuta vel Vaſallus poſſit conſtituere cenſum in emphyteuſi vel feudo inſcio domino. 358.

An maritus poſſit in fundo dotali creare cenſum conſignativum. 359.

An dominus proprietatis poſſit cenſum conſtituere in re frugifera, in qua alius habet uſumfructum. 360.

An valeat pactum, quo obligatur cenſuarius ſuis impenſis penſionem in loco domicilii creditoris ſolvere attentâ Bullâ Pii V. 361.

An ſtante Bullâ Pii V. poſſit emptor censûs exigere fidejuſſores. 362.

An, quando quis redimit cenſum intra annum, teneatur penſionem illius anni ſolvere. 363.

An, ſi Cenſualiſta cenſum oppignoravit alicui ſuo creditori, & Cenſuarius velit redimere cenſum, teneatur de ſua intentione monere creditorem cui cenſus oppignoratus eſt. 364.

An ab illo cenſualiſta, qui ſine decreto Iudicis non poteſt bona alienare, poſſit cenſus redimi abſque Iudicis auctoritate. 365.

An cenſus dotalis redimi poſſit à Marito. 366.

An ad extinguendum, vel ſiſtendum, ſufficiat realis oblatio, non acceptata abſque juſta cauſa. 367.

Quæ conditiones requirantur ad ſiſtendum curſum penſionum. eod.

An & quouſque cenſualiſta in re cenſita præferatur aliis creditoribus. 368.

351. DU-

351. DUBITATUR 1. An deficiente aliquâ conditione requiſitâ, totus contractus ſit nullus, vel ſolùm ſit nullus, in quantùm opponitur conditioni requiſitæ. v. g. ſi minore pretio ſit emptus cenſus. Aliqui, quos refert & ſequitur Palao p. 22. §. 3. hoc poſterius affirmant. Sed verius & Bullæ conformius eſt, eſſe contractum penitus nullum, ut docent Salas, Molina, Lugo, ob hæc Bullæ verba. [Contractus ſub alia forma celebrandos fœneratitios judicamus.]

352. DUBITATUR 2. Quouſque ſe extendant illa Bullæ verba. [Quidquid contra hæc mandata dari, aut dimitti contingat, à fiſco volumus poſſe vindicari.] ℞. His verbis non comprehendi ipſum pretium venditori ſolutum, (ut volebat P. Molina d. 392.) ſed ea ſolùm quæ per donationem aut remiſſionem lædens acquireret à læſo, cùm acquirere prohibeatur: atqui per pretii ſolutionem venditor non læditur: ſed læditur acceptione penſionum quando contractus non eſt legitimè celebratus. hæ & alia ſimilia, v. g. ſi quid de pretio remitteret, ſi laudemium aut pœnam ſolveret, &c. tunc poſſunt à fiſco vindicari, quando læſus ſponte & non invitus condonat: quod ſi neceſſitate adactus ſolveret, velléque ſibi reſtitui, fiſco præferendus eſſet.

353. DUBITATUR 3. Utrum Venditor habens jus redimendi cenſum, poſſit obligari ad redimendum cenſum non ſolùm eodem pretio, ſed eâdem monetâ in ſpecie. Caſus iſte propoſitus fuit Romæ Cardinali de Lugo, dum adhuc Theologicam cathedram in Romano Collegio moderaretur. Eundem caſum diſputavit Auguſtinus Ubaldinus Congr: Somaſch: Theologus, in opuſculo, cui titulus: Sacra conſultatio, quem honoris ergo nominare ſpeciali ex cauſa debeo, quandoquidem in publica Philoſophica diſputatione me impugnare dignatus eſt, & tunc temporis inter prima Theologorum capita ab ipſo Lugone eſt numeratus.

354. Loquendo de Iure naturæ reſpondit Lugo, pactum illud eſſe licitum, ſi æquale ſit periculum decrementi, aut incrementi valoris futuri, & æſtimationis in tali ſpecie monetæ.

355. Controverſia tamen, & aliqua diſſenſio erat in eo, an ratione hujus oneris & gravaminis quod venditori imponitur, ut in eadem ſpecie monetæ redimat, ſit augendum etiam pretium quo emitur cenſus. Affirmat Lugo & probat. quia de jure naturæ pretium juſtum cenſûs majus eſſe debet in cenſu irredimibili, quàm in redimibili, ut omnes fatentur, & in praxi obſervatur ut ferè duplo majus ſolvatur: ergo quo redditur redimibilitas difficilior, etiam debet augeri pretium, quia magis accedit ad irredimibilitatem: atqui in illis circumſtantiis, in quibus propter incrementum valoris futuri in tali ſpecie monetæ, prævidetur difficiliùs redimendum eſſe cenſum eâdem ſummâ talis monetæ toto tempore ſequenti, cenſus eſt ſimpliciter & abſolutè minùs redimibilis, quàm eſſet, ſi tale incrementum & difficultas ex eo orta non prævideretur: ergo in iis circumſtantiis, propter minorem illam redimibilitatem præviſam, valor cenſûs creſcere debet ſuper id quod valeret, ſi redimibilitas ex nullo capite difficilior eſſet.

Contrarium ſpeculativè loquendo verius putat P. Ubaldinus §. 70. Itaque contra Lugonem,

Objicit 1. Onus illud redimendi cum eadem quantitate, & in eadem ſpecie monetæ non eſt cenſendum novum, ſed intrinſecum ipſi contractui, nam de rigore juſtitiæ debet venditor ſi velit cenſum redimere, reddere eandem ſpeciem & ſummam monetæ intrinſecè invariatam, quoties illa in tali ſumma & ſpecie pro pretio juſto censûs data & conſtituta fuit. Quòd enim creditores ſoleant aliquando pretium in alia ſpecie monetæ recipere, id ex ipſorum gratia provenit, cùm ex Iuſtitia poſſent eandem monetæ ſpeciem exigere. Reſpondet Card. de Lugo n. 139. pretium non eſſe augendum propter novum onus quod imponatur præter naturam contractûs, ſed quia illud idem onus redimendi eâdem ſummâ & ſpecie monetæ, eſto id in aliis cenſibus implicitè ſubintelligeretur, in his tamen circumſtantiis, & præviſo augmento valoris in Ducatis facit cenſum meliorem & majoris valoris, eò quòd reddat illum minùs redimibilem, quàm ſint communiter alii cenſus, & ideo valentem plus quàm valeant alii in aliis circumſtantiis, ſicut ex hoc ipſo capite poſſet Emptor cenſum cariùs alteri vendere.

Objicit 2. Pactum de non redimendo cenſu per partes, ſed integro pretio, non impedit quominus poſſit cenſus pretio ordinario emi, licèt alii cenſus ex conſuetudine per partes redimi poſſent. & tamen hoc eſt onus reddens cenſum difficiliùs redimibilem. ergo idem dici poteſt de pacto, de quo eſt diſputatio. Ad hoc reſpondet Lugo, negando antecedens, quia etiam deberet Emptor in pretio aſcendere, licèt minùs quàm ob pactum de redimendo eâdem monetæ ſpecie.

356. Loquendo nunc de Iure poſitivo Bullæ Pij V. fatetur Lugo, quòd tale pactum non ſit in Bulla ſpecialiter prohibitum. quia ſolùm ſtatuitur, ut venditor ſemper poſſit redimere cenſum eodem pretio quo vendiderat. Identitas autem pretii poteſt dupliciter conſiderari, nempe vel eodem pretio formaliter quoad æſtimationem, ità ut ſi cenſus emptus ſit 1000. Ducatis, quorum ſinguli æſtimabantur tunc libris ſex, reddi debeant tot Ducati, quot poſtea ſufficiant ad æſtimationem tot librarum (ſive apud nos floreno-

-renorum Rhenenſium) quot antea reſpondebant 1000. Ducatis. vel poteſt conſiderari identitas pretii quoad valorem intrinſecum, ità ut debeant reddi totidem 1000. ducati ejusdem bonitatis quoad pondus & perfectionem auri, & quoad ſigillum (v. g. Ziggini) & hoc ſecundo modo magis ſervatur identitas pretii accepti & redditi, quia ille alius valor reſpectivus eſt magis extrinſecus & accidentalis, deſumptus ex variis circumſtantiis extrinſecis.

Ambo prædicti AA. ulteriùs concedunt, non fore contra Ius naturæ nec contra Bullam, pactum ſolvendi penſiones in ea monetæ ſpecie, quâ cenſus emptus eſt. (imò addo, in certa ſpecie monetæ alia, quàm in qua emptus eſt cenſus) & quidem hoc ideo licebit, quia æſtimabitur inſtar fructûs: dummodo pretium ſit juſtum: ergo cùm ſit licitus cenſus fructuarius, non apparet, cur non poſſit conſtitui in hoc fructu, ut monetâ talis ſpeciei ſit penſio ſolvenda.

357. DUBITATUR 4. An in bonis Pupilli aut Minoris poſſit conſtitui cenſus absq; Iudicis decreto, ſolâ Tutoris aut Curatoris authoritate. Affirmat Gaſp. Rodriq. *lib. 1. de ann. redit. q. 14. à n. 15.* Sed nobis negandum eſt, loquendo de cenſu perpetuo, etiam redimibili. quia ut ſuprà dictum eſt, computatur inter immobilia, & ideo cenſus ſupra cenſum conſtitui poteſt. atqui quæ huiusmodi ſunt, non poſſunt absque Iudicis decreto alienari: Ius autem percipiendi fructus alienatur. Ergo. Adverſarius falſo nititur fundamento, quaſi cenſus redimibilis non ſit perpetuus, cùm reverâ ex ſe ſit perpetuus, h. e. non ad certum tempus creatus, ſed quamdiu placuerit venditori.

358. DUBITATUR 5. An Emphyteuta vel Vaſallus poſſit conſtituere cenſum in re Emphyteutica vel Feudo, inſcio Domino. Negat Corbulus: *de ca. privat. ob alien. amp. 49.* Communis tamen & vera opinio affirmat, id fieri poſſe ad tempus quo duratum eſt Emphyteuſis, aut Feudum, & conſtituendo cenſum conſignatum, non reſervativum, ad hunc enim requireretur alienatio Feudi, aut Emphyteuſis. Concluſio probatur. Quia conſtituendo talem cenſum non alienatur ipſa res Emphyteutica, ſed Ius percipiendi fructus usque ad certam penſionem, & ideo Emphyteuta & Vaſallus retinent dominium utile. Unde iterum confirmari poteſt id quod ſuprà dixi contra Lugonem, quòd Conſtitutio cenſûs realis in re ſua non ſit translatio dominii utilis, ſed Iuris in re, manente dominio (ſive directo ſive utili) penes Cenſuarium ſicut antè fuit. Imò & uſufructuarius poteſt in re Uſufructuaria cenſum ad tempus vitæ ſuæ conſtituere, quia poteſt Ius ſuum colligendi fructus ità alienare, ut ſit obligatus alteri penſiones ſolvere, quamdiu ipſe non amittit uſumfructum; itaque in hoc caſu non alienat uſumfructum, quia verè manet uſufructuarius, & ad eum pertinet quidquid fructuum ultra penſiones fertur, & ſi uno alterove anno fructus non adæquant penſionem, aliunde ſupplere debet, ut ſuprà dictum.

Idem dicitur de eo qui habet Ius Habitationis, ut eſt Servitus Perſonalis, non item qui habet ſolum uſum, ut conſtat ex natura hujus ſervitutis explicata *to. 1. tr. 3.*

359. DUBITATUR 6. An maritus poſſit in fundo dotali creare cenſum conſignativum. Reſolutio pendet ex dictis de dominio dotis *to. 1. tr. 4.* Et quidem ſi fundus non fuit æſtimatus æſtimatione faciente venditionem, ità ut dominium naturale manſerit penes uxorem, non poteſt maritus absque conſenſu uxoris (imò cum juramento) conſtituere cenſum, quia ſolum dominium civile & Ius adminiſtrandi, & inde onera matrimonii ſuſtentandi, non ſufficit, ad præcidendas ſibi vires datas ab uxore ad ſuſtinenda onera matrimonii. Si verò æſtimatio fecit emptionem, & maritus ſit ſolvendo, cenſeo (contra Avendanno, quem refert, & ſequitur Palao *diſp. 6. p. 23. §. 7. n. 8.*) poſſe etiam inſciâ uxore conſtituere in tali fundo cenſum perpetuum, qui duret etiam ſoluto matrimonio, ſaltèm ſi diſſolvatur per mortem uxoris: nam uxoris hæredibus ſatisfit ſolutione æſtimationis. An autem idem dicendum ſit, ſi diſſolvatur morte mariti, pendet ex eo, an tunc uxor poſſit res dotales vindicare, ut putat cum aliis Palao, alii autem negant, ſi maritus ſit ſolvendo, de quo alibi dictum.

360. DUBITATUR 7. An Dominus proprietatis poſſit cenſum conſtituere in re frugifera, in qua alius habet uſumfructum. ℞. Negativè. nam quando requiritur, ut res cenſita ſit fructifera, non eſt intelligendum merè materialiter & abſolutè, ſed formaliter & reſpectivè, hoc eſt, debet fructificare Cenſuario: atqui in caſu dubii fundus non fructificaret Cenſuario, id eſt, Domino proprietatis.

361. DUBITATUR 8. An valeat pactum, quo obligatur Cenſuarius ſuis impenſis penſionem, in loco ubi Cenſualiſta domicilium habet, ſolvere, eóque deferre, attentâ Bullâ Pij V. (nam ex natura Iure non eſſet iniquum, dummodo pretio compenſarentur) Affirmat valere Eman. Rodriq. dub. ult. Sed communiter & veriùs alii omnes negant valere, & dicunt à Pontifice reprobari, quia hoc pactum non eſt ex natura contractûs venditionis.

362. DUBITATUR 9. An ſtante Bullâ Pij V. poſſit Emptor cenſûs exigere fidejuſſores. Negârunt aliqui. Sed communis & vera ſententia affirmat, non quidem ad hoc, ut re pereunte adhuc penſiones ſolvendæ ſint, tunc enim cenſus extinguitur; ſed, ut teneantur de evictione, & ſi debitor ſit moroſus in ſolvendis penſionibus: nam hæc aſſecuratio communiter in contractibus adhibetur.

363. DUBITATUR 10. An, quando quis redimit cenſum intra annum, teneatur nihilominus penſiones illius anni ſolvere, ſi alioquin ex conventione vel conſuetudine ſolvendæ ſunt in fine anni. Prima ſententia eſt, obligatum eſſe redimentem totius anni penſionem ſolvere. Ratio horum eſt, quia eſto non poſſit penſio exigi ante finem anni, deberet tamen ſtatim ab initio anni. Verùm, hoc fundamentum eſt falſum, reverâ enim non dabentur penſiones niſi pro rata temporis elapſi.

Secunda ſententia eſt, nihil penitus penſionis illius anni deberi. Ratio hujus ſententiæ eſt, quia ante finem anni non debentur. Ergo ſi ante finem anni extinguitur cenſus, nulla debebitur penſio. Ad hoc tamen facilè reſpondetur, quòd ea conventione contrahentium ſolutio actualis non debeatur ante finem anni: reverâ tamen debitum ſolvendi contrahatur ſecundùm lapſum temporis.

Tertia ergo & vera ſententia eſt, obligatum eſſe Cenſuarium redimentem ſimul cum pretio, quo redimit, ſolvere quotam penſionis, reſpondentem tempori elapſo. Ità communis ſententia, quam aliis relatis ſequitur Palao *p.* 27. §. 4. Ratio eſt, quia Cenſuarius debet penſiones ob Interuſurium pecuniæ ab Emptore acceptæ. atqui Interuſurium dividitur pro rata temporis, ut dictum eſt de Vſuris; ergo & penſio.

Objiciunt. Penſiones ſunt intra lapſum anni inſtar fructuum pendentium: ergo ſi annus non eſt elapſus, non debentur. ℞. Illos fructus potiùs cenſeri decidere unà cum temporis lapſu.

364. DUBITATUR 11. An ſi Cenſualiſta cenſum oppignoravit alicui ſuo creditori, & Cenſuarius velit redimere cenſum, teneatur de ſua intentione monere creditorem, cui cenſus oppignoratus eſt. ℞. Cum diſtinctione. Si creditor ille de ſua hypotheca Cenſuarium certiorâſſet, & petiiſſet, ne ipſis non monitis redimeret cenſum, & hypothecæ inſtrumenta exhibuiſſent, deberet creditorem monere, alioquin de dolo teneretur: quod tamen intelligo, ſi ſine gravi ſuo incommodo poſſit monere: nam in hunc caſum neque conſenſit, neque à creditore obligari poteſt. Si verò non eſt à creditore monitus, aut requiſitus, non tenetur monere creditorem, non enim apparet titulus hujus obligationis. Colligunt hæc DD. ex lege 5. C. *quæ res pign. obligari poſſ.* ubi tunc ſolùm debitor compellitur ad ſolvendum habenti hypothecam, ſi priùs ſuo creditori non ſatisfecit. [Nomen quoque debitoris pignorari & generaliter & ſpecialiter poſſe, jam pridem placuit. Quare ſi is debitor non ſatisfecerit, cui tu credidiſti, ille cujus nomen tibi pignori datum eſt, niſi ei cui debuit, ſolvit, nondum certior à te de obligatione tua factus, utilibus actionibus ſatis tibi facere, uſque ad id, quod tibi deberi à creditore ejus probaveris, compelletur, quatenus tamen ipſe debet.]

365. DUBITATUR 12. An ab illo Cenſualiſta, qui ſine decreto Iudicis non poteſt bona ſua alienare, ut eſt Minorennis, poſſit cenſus redimi abſque Iudicis auctoritate. Ratio dubitandi eſt, quia per hujusmodi redemptionem videtur Cenſualiſta alienare Ius Censûs, quod inter immobilia computatur, ut ſuprà dictum. Ergo ſicut non poteſt ſine Iudicis auctoritate Cenſus conſtitui in bonis Minoris, ità nec videtur poſſe cenſus conſtitutus extingui ſine ejusdẽ Iudicis auctoritate. Et ità ob hanc rationem ſentit Felicianus, requirens easdem ſolennitates ad extinguendum cenſum, quæ requiruntur ad conſtituendum. Sed contrarium omnino dicendum eſt; quia extinctio censûs non eſt propriè alienatio, quâ alteri aliquid ex patrimonio minoris conferatur, & non eſt voluntaria, niſi Cenſuario, Cenſualiſtæ verò eſt neceſſaria, & ex ipſo Iure proveniens, nec à Cenſualiſta impedibilis: ergo non eſt neceſſe intervenire ſolennitates cæteroquin ad alienationem requiſitas, arg. legis 13. ff. fam. erciſc. [Alienationes enim poſt Iudicium acceptum interdictæ ſunt duntaxat voluntariæ, non quæ vetuſtiorem cauſam, & originem Iuris habent neceſſariam.]

Confirmatur ex lege 1. *C. quando decreto non eſt opus.* [Si probare potes, patrem pupilli, cujus tutores conveniſti, conſenſiſſe, ut reddito tibi prædio pretium reciperet: id quod convenit, ſervabitur. Neque enim in ea re auctoritas Præſidis neceſſaria eſt, ut tutorum ſollicitudini conſulatur, ſi voluntati defuncti pareant.] Et lege 15. §. *fin. ff. de Re judic.* ibi. [Hoc ampliùs, & ſi pupillaris pecunia in arcam repoſita ſit ad prædiorum comparationem, & citra permiſſum prætoris ab eo qui exequitur judicatum, ſolet capi, & in cauſam judicati converti.]

Hæc itaque tametſi vera ſint, & quòd tali redemptione Cenſuarius liberetur, conſultiſſimum tamen & ſecuriſſimum eſt Cenſuario, ſi redimet à Minore cenſum adhibitâ Iudicis auctoritate. tam enim ità liberabitur, ut etiamſi pretium minori ſolutum non eſſet in utilitatem minoris expenſum, ſed inutiliter, non reſtitueretur in integrum minor, quemadmodum reſtitueretur, ſi minùs utiliter expenderetur, & non interceſſiſſet Iudicis decretum, tunc enim, ut dixi, reſtitueretur, non quidem ad Ius Cenſuale, ſed ad pretium iterum ſolvendum. Colligitur hoc ex §. 2. *in medio. Inſt. quib. alien. licet.* ibi. [Diſpoſitum eſt, ità licere Tutori, vel Curatori debitorem pupillarem ſolvere, ut priùs judicialis ſententia ſine omni damno celebrata hoc permittat: quo ſubſecuto, ſi & Iudex pronuntiaverit, & debitor ſolverit, ſequatur hujusmodi ſolutionem pleniſſima ſecuritas. Sin autem aliter, quàm diſpoſuimus, ſolutio facta fuerit, pecuniam autem ſalvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior ſit, & adhuc eandem pecuniæ ſummam petat, per exce-

Digitized by Google

exceptionem doli mali poterit ſummoveri. Quodſi malè conſumpſerit, aut furto, aut vi amiſerit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, ſed nihilominus condemnabitur.]

366. DUBITATUR 13. An Cenſus dotalis redimi poſſit à marito. ℞. Affirmativè: quia maritus non acquirit poteſtatem impediendi redemptionem per hoc quòd cenſum accipiat in dotem: & quia evadit civiliter Dominus, & Adminiſtrator, poteſt, imò tenetur oblatum redemptionis pretium acceptare, & cenſum extinguere. Idem dicendum de Prælato Adminiſtratore bonorum Eccleſiæ, & ſimilibus, ut Adminiſtratore Fiſci, aut Bonorum Civitatis, item de Executore teſtamenti, Curatore hæreditatis jacentis, &c.

367. DUBITATUR 14. An ad extinguendum cenſum, vel ſaltem ad ſiſtendum curſum penſionum, ſufficiat realis oblatio, ſi à Creditore abſque juſta cauſa non acceptetur. ℞. Ad extinguendum cenſum non ſufficere, ſed requiri ſententiam Judicis. Curſum tamen penſionum ſiſtit, ſi factâ proteſtatione pretium redemptionis apud Judicem deponatur, vel apud Sequeſtrum, cui creditor debebit ſolvere ſalarium: & ipſa ſors cedit periculo ejusdem creditoris. arg. legis 72. *ff. de ſolution.* [Qui decem debet, ſi ea obtulerit creditori, & ille ſine juſta cauſa ea accipere recuſavit, deinde debitor ſine ſua culpa perdiderit, doli mali exceptione poteſt ſe tueri, quanquam aliquando interpellatus non ſolverit. Etenim non eſt æquum teneri pecuniâ amiſsâ: quia non teneretur, ſi creditor accipere voluiſſet.]

Menochius tamen *lib. 2. arbitr. caſu 232. à n. 20.* aliquas conditiones requirit ad hoc ut ſiſtatur curſus penſionum. 1. Ut pecunia coram teſtibus numeretur, arg. *l. 1. §. 36. ff. Depoſiti.* ibi, *Promenda pecunia eſt, vel coram Prætore, vel intervenientibus honeſtis perſonis.* 2. Si aliquæ penſiones ſunt exſtantes, ſeu non ſolutæ, unà cùm ſorte ſeu pretio deponendæ ſunt. arg. leg. 2. *C. Debitorem venditionem pignoris impedire non poſſe.* [Debitoris denuntiatio, qui creditori ſuo ne ſibi rem pignori obligatam diſtrahat, vel his qui ab eo volunt comparare, denuntiat, ità demum efficax eſt, ſi univerſum tàm ſortis, quàm uſurarum offerat, debitum creditori.] 3. Depoſitio facienda eſt auctoritate Judicis Cenſualiſtæ, ſi ejus copia haberi poſſit: ſin minùs, coram honeſtis hominibus, & Notario ad hoc rogato. 4. Conſignatio debet eſſe abſoluta, & non conditionalis. Plures alias conditiones ponit Menochius, ſed ex ex alibi dictis, & per ſe facilè intelliguntur requiri.

368. DUBITATUR 15. An, & quousque Cenſualiſta in re cenſita præferatur aliis creditoribus, ſi illa eſt alicui ex creditoribus applicanda, poſtquam Cenſuarius ità debitis gravatus eſt, ut non ſit ſolvendo. Diſtinguendum eſt inter cenſum Reſervativum, & Conſignativum. In priore caſu, ſi alii anteriores, aut magis privilegiati creditores velint illam rem recipere, & ſibi appropriare cum ſuo onere ſolvendi penſiones, nihil obſtat, quominus ſint Cenſualiſtæ præferendi, utpote cui ſic nihil decedit. Si verò nolint eſſe Cenſuarii, appropriabitur Cenſualiſtæ, & reſolvitur cenſus.

Loquendo de Creditore Cenſûs conſignativi, ille aliis hypothecariis poſterioribus præferendus eſt non ſolùm in ſorte ſeu pretio, ſed etiam in penſionibus ceſſis & cedendis. arg. *l. 18. ff. qui potiores in pig.* [Lucius Titius pecuniam mutuam dedit ſub uſuris, acceptis pignoribus, eidémque debitori Mævius ſub iiſdem pignoribus pecuniam dedit, quæro an Titius non tantùm ſortis, & earum uſurarum nomine, quæ acceſſerunt antequam Mævius crederet, ſed etiam earum quæ poſtea acceſſerunt, potior eſſet? Reſpondit, Lucium Titium, in omne quod ei debetur, potiorem eſſe.] Antiquioribus tamen hypothecariis creditoribus non præfertur, quia nullo Jure hæc illi prælatio conceſſa eſt. Et hæc de Contractu Cenſûs ſufficiant, in quo maximè Conſuetudo locorum attendenda eſt, ubi Bulla non eſt recepta.

CAPVT III.

DE CAMBIO.

CAmbium affine eſt emptioni & venditioni, quandoquidem in eo pecunia pro pecunia venditur, ſeu potiùs permutatur. De hoc contractu agunt Theologi & Iuriſtæ. Theologi quidem hanc materiam ſuo more, hoc eſt Scholaſtico diſcutiunt. Ex Iuriſtis eam magis practicè & per varia paradigmata ob oculos ponit Sigiſmundus Scaccia, ubi etiam declarantur omnis generis monetæ. Porrò quoad ipſas quæſtiones dubias hæc materia non ſolùm eſt, ſi qua alia, difficilis & intricata, ſed etiam Theologo ſcitu digna, imò neceſſaria, nam mercatorum conſcientiis (inquit Card. de Lugo) ut Confeſſarius conſulere poſſit, neceſſe habet hujus contractûs naturam, ejúſque juſtitiam vel injuſtitiam notitiâ non vulgari callere. Quamvis, quod dolendum, ejus intellectum difficillimum reddant novæ & quotidianæ Mercatorum inventiones, quorum cupiditas excogitavit tot artes lucrandi in contractu Cambii, ut ſuperent aciem & acumen ingenii cujuſvis : *inquit Michael Salon q. 4. a. 2. contr. 10.*

CONTROVERSIA I.

Quid, & quotuplex ſit Cambium.

§ I.

Natura Cambii, & differentia à mutuo, variique termini ad hanc artem ſpectantes exponuntur.

SUMMARIUM.

CAmbium eſt ſpecies Permutationis, nempe Pecuniæ cum pecunia, & contractus innominatus. 369.

Quomodo differat à Mutuo. eod.

Quinam dicantur Campſores, qui Campſarii. eod.

Quinam dicantur Trapezitæ, Nummularii, Menſularii, Argentarii. 370.

Litteræ Cambæ quæ dicantur. 371.

Si Campſor acceptis pecuniis det litteras Cambii, cujus ſit periculum litterarum. 372.

369. COntractus Cambii eſt ſpecies Permutationis, & hîc ſumitur pro permutatione pecuniæ cum pecunia. Vnde potiùs inter contractus innominatos referendus eſſet, de quibus agetur in fine hujus tractatûs. Sed quia longiorem tractationem exigit, & ob ſuam materiam in qua celebratur, ſpecialiùs ad emptionem accedit, ideò aliorum exemplo hoc loco tractare placuit. Differt à Mutuo imprimis, quia non eſt de natura Cambii, ſicut eſt de natura mutui, ut pecunia reddatur poſt certum aliquod tempus, ità ut dilatio ſolutionis ſit finis Mutui & commodum quod quæritur: hoc non eſt in cambio per ſe, ſed ſi eſt, per accidens eſt, cùm poſſit ipſa permutatio fieri eodem actu. Differt ab eodem Mutuo ſecundò, quia mutuum non in ſola pecunia, ſed etiam in aliis rebus fungibilibus, ut tritico, oleo, vino, celebrari poteſt. 3. Eſt contra naturam Cambii, non item mutui, quòd eadem pecunia eodem loco reddatur, ſed debet vel eſſe diverſa quoad ſubſtantiam, vel ſaltem reddi in alio loco. 4. Cambium non abſolvitur traditione unius pecuniæ, ſed tunc primùm, quando fit reciproca traditio: mutuum verò completur traditione pecuniæ, cum obligatione mutuatarii ad reddendum ſuo tempore. Et quamvis Bartolus in *l. ſi ſervus §. locavi. ff. de furtis* & alibi putet, Cambium aſſimilari venditioni in hoc, quòd ſicut mercis etiam traditæ dominium non transfertur antequàm ſolvatur pretium, aut habeatur pro ſoluto, (ut c. 1. dictum eſt) ità etiam pecuniæ primo loco numeratæ dominium non transferatur, donec etiam ex altera parte numeretur, communis tamen eſt aliorum doctrina, ſtatim transferri ſicut in mutuo, ob generalem regulam, quòd transferatur dominium traditione (exceptâ venditione) ut habetur *Inſt. de Rer. divis.* §. 40. & §. 41. ponitur exceptio venditionis: & de permutatione ſpecialiter id habetur in [L. 4. C. de Rerum permut. *ibi.* cùm ab eo ſuſceperit dominium, cui te tradidiſſe titulo permutationis non negas.] Hinc autem ſequitur, acceptâ pecuniâ primo loco ſolutâ, non eſſe licitum à contractu reſilire, niſi contrarium in pactum fuerit deductum.

CAMPSORES illi dicuntur, qui paratas

ratas habent pecunias ad permutandum, minoris ſortis, pro ſorte majore, & econtra, ſervatâ permutationis æqualitate. Dicuntur etiam ſed minùs uſitatè, Collybiſtæ.

CAMPSVARII dicuntur illi, qui à Campſoribus pecunias requirunt permutandas.

370. TRABEZITÆ idem ſunt, quod Nummularii, Menſularii & Argentarii, & differunt à Campſoribus in eo, quòd non ſolùm dent operam principalem permutationi, pecuniarum, verùm inſuper exerceant negotiationem recipiendo cuſtodiam pecuniarum, dando tam proprias quam alienas ſub uſuris.

Iſti itaque Argentarii habent tabernas publicas ad longum tempus ſibi locatas, de quibus loquitur [lex 32. ff. de contr. empt. Qui tabernas argentarias, &c].

371. LITTERÆ CAMBII dicuntur illæ, pro quibus pecunia cambitur, & quæ pecunias ferunt cum lucro, & ſuperfœtatione, ut loquuntur.

Ex dictis inferunt DD. communiter, Cambium reverà aliud non eſſe, quàm Contractum innominatum [Do ut des.] Scaccia cum aliis quibuſdam contendit, Cambium eſſe Contractum emptionis venditionis, quia etiam pecunia emi poteſt, quod probat 12. argumentis. Verùm pecunia non emitur quâ pecunia, ſed quâ metallum, v. g. in Cambio autem attenditur ratio formalis pecuniæ.

372. Quæres. Si Campſor acceptis pecuniis à Campſuario det huic litteras Cambii, cujus ſit periculum harum litterarum, v. g. ſi eas accepit deferendas Titio & ab hoc ſolvendas, & apud hunc peteant. Reſpondent Salon & Scaccia, Campſorem adhuc manere debitorem. Vnde infert Salon Theologus aliam adhuc differentiam inter Cambium & Mutuum, quòd Mutuatarii ſit periculum, non item Campſarii. Sed Scaccia rejicit hanc Salonis differentiam, ità ut putet potiùs in hoc eſſe aliquam paritatem. Nam, inquit, Campſor, qui priùs accepit alibi reſtituturus, eſt veluti mutuatarius, & ideo ad eum ſpectat periculum non quia differat à mutuatario, quin imò quia eſt veluti mutuatarius. Verùm magis placet quod dixit Salon. Nam licèt Campſor ſit inſtar mutuatarii ratione pecuniæ acceptæ, & ideo hujus periculum ad ipſum ſpectet, ratione litterarum tamen datarum potiùs Campſarius eſt mutuans, & ideo, quatenus harum periculum ad Campſorem ſpectat, eſt planè differentia inter Mutuum, & Cambium.

§ II.

Diviſiones Cambii.

SUMMARIUM.

Diviſio Cambii in Siccum & Reale. 373.

Reale aliud fit in pecunia meliore cum viliore, aliud in pecunia præſenti cum cum abſente. illud Manuale, *hæc* Locale *dicitur.* 374.

De ſubſtantia Cambii localis non ſunt litteræ, quæ tamen ſolent intervenire. 375.

Referuntur exempla Cambiorum per litteras, 376. *& ſeq.*

SOlet communiſſimè dividi in Cambium Siccum, & Cambium Reale: quæ diviſio ſimilis eſt illi, quâ quis Colorem divideret in apparentem & realem. Cambium enim ſiccum eſt ſolùm Cambium apparens, hoc eſt, in quo eſt quædam apparentia tituli, vi cujus poſſit lucrum licitè accipi, ſed nullus reverà titulus ſubeſt, & ideo dicitur ſiccum, ſive carens humore ad licitè fructificandum, cùm reipsâ ſit uſurarium: cui opponitur Cambium reale, hoc eſt, licitè fructificans. Verùm, hæc diviſio non eſt propria Cambii, ſed univerſalis ad omnes contractus, nullum enim genus contractuum eſt, in quo non alius ſit juſtus, & alius injuſtus. Hac ergo diviſione prætermiſſâ, & omiſſo etiam illo Cambio, quo commutatur pecunia præſens cum præſenti æquè bona, adeóque abſque omni lucro, in quo Cambio nulla eſt difficultas;

374. Dividitur Cambium reale in Cambium quo permutatur pecunia præſens cum præſenti, minùs bona cum meliore, ſive quoad materiam, ſive quoad ſigillum, vel quoad aliam utilitatem, vocatúrque Cambium MANVALE ſeu MINVTVM: & in Cambium quo commutatur pecunia præſens cum pecunia abſente, alibi reddenda, & vocatur LOCALE, ab aliis vocatur *Cambium per litteras.*

Ad hanc Diviſionem reducuntur aliæ Diviſiones ſeu potiùs ſubdiviſiones, quæ referri non merentur, quia, ut notant DD. confuſionem potiùs pariunt, quàm declarationem.

375. Cambium *Locale* non ideo vocatur Cambium *per litteras*, quaſi ſine litteris fieri non poſſet, valeret enim, ſi per nuntium res ageretur, vel Campſarius fidem inveniret abſque litteris: ſed quia regulariter per litteras celebratur: unde & ſcriptura nullam certam formam requirit.

Quando Campſor ſolvit pecuniam præſentem, ut reddatur alibi ſuo correſpondenti, ſolet fieri inſtrumentum publicum, quo Campſarius promittit pretium Cambii in pactum deductum ſolvere intra tempus conventum, vel in ta-

libus nundinis alicui certæ perſonæ in ipſo inſtrumento à creditore nominatæ, & inſuper promittit transmittere ſolutionis factæ publicum & authenticum teſtimonium infra certum terminotum Campſori: quod ſi defecerit in ſolutione, promittit ſolutionem in loco contractûs eidem campſori unâ cum intereſſe.

Quando verò Campſarius ſolvit prior Campſori v. g. Auguſtæ, ut recipiat Romæ, accipit à Campſore litteras ad correſpondentem, quibus illi mandat, quantùm debeat ſuo nomine ſolvere; & in ſuas rationes referre. Exemplum harum litterarum ſit, quod ponit Scaccia. [Numerate per iſtam primam litteram 1. Oct. Lucæ de Goro 45. libras, quæ in pari valore hîc receptæ ſunt, à Maſio Rhena: numerate verò tempeſtivè, & in meum computum ſcribite. R. ità Chriſtus nos ſalvet.]

Bonromæus de Bonromæi ſalutem Mediolano 9. Martii, 1325.
In tergo. Alexandro de Bonromæi & Dominico de Andrea.
Prima de libr. 45.

HUjuſmodi litteras dat Campſor Campſatio, qui eas exhibet, ſive per ſe ſive per alium correſpondenti. Quodſi correſpondens eas non acceptaret, tunc Campſarius faceret proteſtationem coram Notario, quòd non fuerint litteræ acceptatæ, & illis redditis Campſori teneretur Campſor aliter Campſario ſatisfacere. Aliquando hæc aguntur mediis perſonis, quia Campſarius fortè jam eſt in loco, quo litteræ Campſales ſunt mittendæ; & tunc traduntur alicui mandatario Campſarii, qui eas mittit ad ſuum Principalem.

Horum Cambiorum utilitas omnium optimè perſpicitur in exemplis, qualia referam ex citato Auctore.

376. Primum exemplum utilitatis Cambii. Quando tu habens Genuæ ſcutata 200. vis illos Neapolim remittere, & quia per viam Cambii non nundinalis ex illis ſcutatis 200. quos dares Campſori Genuæ, non haberes Neapoli niſi ſcutata 160. tu eos Genuæ das Cambio pro proximis futuris nundinis Placentiæ, ubi deinde eoſdem denuò das cambio (quod vocant de reditu nundinarum) pro Civitate Neapol: ex quibus duobus Cambiis tu in Civitate Neapolitanâ habebis non ſolùm ſcutata 200. ſeu aliquid amplius. Ecce! commodum quod poteſt Campſarius habere ex Cambio nundinali. Solent autem Cambia nundinalia tripliciter fieri, ex diverſitate terminorum. Primò enim fit in aliqua Civitate ubi non ſunt nundinæ pro nundinis v. g. Placentinis: Secundò fit in nundinis, v. g. Placentiæ pro illa civitate in qua non ſunt nundinæ. Tertiò fit in nundinis pro nundinis, & hoc iterum diverſimodè: vel pro nundinis ejuſdem loci proximè futuris, aut pro nundinis alterius loci, v. g. Bolſanenſibus in Tyroli.

377. Secundum exemplum. Quando tu Romæ de mandato Genuenſis habentis litem in ſacræ Rotæ tribunali, ſolvis de tuis propriis pecuniis ſcutata 100. ſollicitatoribus, procuratoribus, advocatis, ſcribis, & pro aliis expenſis, quibus ſcut. 100. ſolutis tu ſtatim totidem indigens Romæ eoſdem accipis cambio pro proximis nundinis Placentiæ præcedente ordine ejuſdem Genvenſis ab initio, ut de eis te revaleres per viam cambii, cùm ſolutio hac viâ nundinarum tibi ſit prompta, & Genuenſi utiles, quia eam faciet cum minori intereſſe, & cum majori commoditate; & bis ſcut. 100. unà cum intereſſe acceptis cambio, tu Genuenſem certiorem reddis de Cambio, ut illud in nundinis ſolvat.

CONTROVERSIA II.

Cambium Manuale an ſit licitum, & ex quibus Titulis.

SUMMARIUM.

Duplex caput, unde periculum injuſtitiæ. 378.

Cambium Manuale ex pluribus titulis juſtificatur. 379.

Primus titulus, lucrum ceſſans, damnum emergens. eod.

Secundus, Officium Cambiendi impoſitum. eod.

Tertius, Labor in numeranda pecunia. eod.

Quartus, major valor naturalis monetæ, quem malè rejiciunt aliqui. 380.

Medinæ argutatio rejicitur. 381.

Quintus titulus, periculum valoris brevi diminuendi. 383.

SUpponendum eſt, in Cambiis ex duplici capite eſſe periculum committendæ injuſtitiæ. Primò, quando lucrum accipitur præcisè ob temporis, quo ſolvendum eſt, protractionem, ſeu quod idem eſt, ob ſolutionis dilationem, & hoc periculum eſt in Cambio locali (de quo §. ſeq.) eſtq; latentis uſuræ virium. Secundò, poteſt committi injuſtitia accipiendo plus quàm datur in cambio manuali, quod quidem non eſt uſura, ſed ob inæqualitatem eſt contra jus alterius, non minùs, quàm ſi res catiùs venditur quàm ſit ejus valor. Hoc ſuppoſito

379. DICENDUM eſt cum receptâ ſententiâ (quidquid aliqui obſcuriùs locuti ſint) Cambium manuale poſſe ex pluribus titulis juſtificari, etiamſi Campſor aliquid amplius accipiat in moneta à Campſario numeranda, quàm reverà valeat moneta quâ ipſe Campſario tradit.

Primus titulus eſſe poteſt, lucrum ceſſans aut damnum emergens. ſi v. gr. moneta Campſotis alibi plus valet, quò eam volebat deferre,

deferre, & hoc omittit in gratiam Campſarii.

Secundus titulus eſt Officium Cambiendi à Magiſtratu impoſitum, vi cujus neceſſe eſt habere ſemper parata varia monetarum genera, tenere famulos ad hoc ſpecialiter neceſſarios, & eſſe expoſitum variis periculis ſubeundi magnam bonorum jacturam, pro quibus omnibus non habet Campſor à Magiſtratu ſalarium competens.

Tertius titulus eſt labor in numeranda pecunia, qui poteſt eſſe pretio æſtimabilis in ſumma notabili, & præſertim in moneta minore, non minùs quàm labor ſcribendi. Neque verum eſt, quod opponit Cajetanus, hunc Campſoris laborem compenſari reciprocâ numeratione Campſarii, ut enim eſſet compenſatio formalis & non merè materialis, oporteret hanc numerationem ſuſcipi in gratiam Campſoris, ſicut numeratio Campſoris, ſuſcipitur in gratiam & commodum Campſarii. alioquin poſſet quis typographo negare mercedem pro labore, dicendo, ſe compenſâſſe illum laborem ſcribendo librum, quem labor Typographi neceſſariò ſupponit.

Quartus titulus poteſt fundari in aliis, quibuſdam qualitatibus monetæ, ex quibus etſi non creſcat valor legalis monetæ, creſcit tamen valor naturalis, & æſtimatio apud homines. hujuſmodi eſt monetæ antiquitas, uniformitas, raritas, ſerviens ad oſtentationem, &c. Item materiæ puritas, ſerviens ad meliores effectus artificum: ponderis levitas, commoda ad transferendum aliò: valor major in aliis locis: minus periculum legalis valoris à Principe diminuendi, &c.

380. Hunc titulum rejiciunt Medina & Valentia, & objiciunt. 1. Ad omnes enumeratas commoditates præſumendus eſt Princeps aut Magiſtratus reſpexiſſe in taxando valore legali: ergo non poteſt earum intuitu valor iterum augeri. Ad hoc tamen imprimis reſpondeo, negando quod ad omnes hujuſmodi qualitates potuerit Princeps attendere: non enim Princeps voluit unum ducatum talis ſigilli & talis ætatis v.g. plus valere quando conjungitur cum aliis mille ſimilibus, quàm quando ſolus conſideratur: & tamen negari non poteſt, poſſe reſpectu Campſoris & Campſarii inde creſcere valorem, quia poteſt in certis circumſtantiis rarò occurentibus æſtimatio creſcere; ſicut quadriga equorum ſimillimorum quoad colorem, ſtaturam, figuram, ætatem, & indolem, duplo cariùs venditur, quàm ſinguli ſeorſim emerentur, in quo nemo habet ſcrupulum. Aliter reſponderi poteſt, & magis univerſaliter ad hujuſmodi circumſtantias ea mente Card. de Lugo n. 13. poſſe taxationem à Principe dupliciter fieri: primò, obligando ſolùm creditores ad accipiendam pecuniam in tanto valore, v.g. ducatum pro tribus florenis Rhenanis: quâ taxatione non prohibetur debitori volenti ſolvere creditori, quin poſſit pluris æſtimare certam ſpeciem monetæ, dummodo ſit paratus ſolvere in alia moneta, ſi creditor nolit & non curet illud commodum alterius monetæ: ſi tamen curaret, abſque injuſtitia poſſet debitor valorem augere. Sic Princeps taxat unam ſimplicem monetam v.g. ducatum, ut æquivaleat duobus Imperialibus, & tamen ſi creditori commodum eſſet, ſolvi in ducatis, ob majorem facilitatem transportandi, nihil obſtat quominus poſſet debitor 1000. Imperalium ſolvendo in auro, pauciores ducatos quàm quingentos ſolvere.

Secundo modo poſſet fingi neceſſitas Reipublicæ aut utilitas, exigens ut Princeps etiam prohiberet hujuſmodi augmentum valoris: ſed caſus iſte erit Metaphyſicus, nec unquam præſumitur prudenter.

381. Hinc evaneſcit illa Medinæ argutatio, quâ infert, non fore legem juſtam, ſed ſtultam, quæ monetæ valorem minorem taxaret, quàm valeret materia ipſa metalli, in illis circumſtantiis, & attentis ſuis commodis non redacta in formam monetæ. Nec adeo ſtultus erit Princeps, ut velit minore pretio monetam cuſam populo dare, quàm materia ipſa valeat, cùm potiùs velit ſemper aliquid ſibi ex moneta cudenda lucrari. Ex dictis, inquam, reſpondetur, Principem obtinere finem ſuum abundè, ſi monetæ valorem, ea conſideratione naturalis præſtantiæ materiæ cudendæ, taxet ſecundùm communem, & univerſalem æſtimationem ſubditorum: nec poſſe ad magìs particulares circumſtantias attendere.

Objiciunt 2. Monetæ illæ diverſæ, quas numerat Campſarius, quamvis ſint Minores, habent etiam quaſdam utilitates, & commoda, quæ non habet moneta accipienda à Campſore, ergo hujus ſpecialis utilitas per aliam compenſatur. ℞. Concedendo, quòd in quantùm compenſantur utilitates pecuniæ accipiendæ per pecuniam Campſarii, tantò minus poſſit exigi, ſed nunquã probabitur, ſemper compenſari adæquatè, & fortè nunquam, aut certè non ſemper illæ commoditates ſerviunt, aut ſunt æſtimabiles Campſori.

Objiciunt 3. Quæ ſunt æqualia tertio, ſunt etiam æqualia inter ſe: ſed decem floreni in minori moneta ſunt æquales uni tertio, & decem florenis in majori, quia tantundem frumenti v.g. ſcapha emitur monetâ minore, quæ emitur majore. Ergo, &c. ℞. Diſtinguendo majorem & minorem: ſunt æqualia inter ſe in ea ratione, quâ ſunt æqualia tertio, nempe in ratione pretii, & præciſè conſiderata ratione formali monetæ, & valoris legalis, conceditur, in alia ratione, v.g. mercis, & ſecundùm naturalem & materialem conſtitutionem conſiderata, negatur.

382. Hinc

382. Hinc autem colligere licet, quomodo hujuſmodi major commoditas, aut præſtantia unius monetæ præ alia, poſſit etiam ſervire ad commodum cum aliqoo lucro: nempe ſi Venditor malit accipere hujuſmodi præſtantiorem monetam, Emptor autẽ malit dare viliorem, ut autem ſatisfiat deſiderio venditoris, interveoiet priùs virtualis permutatio, v.g. 9. præſtantioris monetæ, com 10. vilioris, & tunc res valens 10. emetur illis decem, cum quibus 9. ſunt commutatæ.

383. Quintus titulus, nec infrequens eſſe poteſt, ſi ſit periculum, monetæ Campſarii valorem legalem fortè brevi eſſe dimiouendum, imò quandoque periculum eſt, & communis rumor, aut timor, talem mooetam amiſſuram penitus in aliqua Provincia legalem uſum in ratione monetæ: quo caſu utique poteſt Campſor dans monetam carentem hujuſmodi periculo, lucrum petere in valore legali, v. g. dando 9. pro 10. aut pluribus floreois periclitantis monetæ. Ratio eſt, quia licèt hujuſmodi moneta retineat ſuum valorem legalem in ratione pretii & pecuniæ, quamdiu lex abrogans non eſt promulgata, & ideo poſſit in ratione pretii expendi ſecuodùm totum ſuom valorem, qui ex illo periculo non eſt imminutus, in ratione mercis tamen (ſub qua cooſideratiooe accipit eam Campſor) amiſit naturalem ſuum valorem, & æſtimationem, ſicut aliæ merces periclitantes.

CONTROVERSIA III.

Vtrum Cambium Locale licitè fiat cum lucro, Campſario priùs ſolvente, & ex quibus titulis.

SUMMARIUM.

Primus titulus juſtificans Cambium Locale: æſtimatio virtualis translationis pecuniæ. 384.
Adhuc reducitur aſſecuratio. eod.
Secundus: Minor valor pecuniæ in uno, quàm alio loco. 385.
An ſufficiat major valor extrinſecus. 387.
Difficilis objectio ſolvitur. 388. *& ſeq.*

Licitum eſſe hunc Cambieodi modum, Reipublicæ admodum utilem, cooveniunt DD. Tota difficultas eſt in aſſignandis titulis, ex quibus juſtificetur. Hujuſmodi titulum non eſſe præcisè dilationem temporis, conſtat ex dictis de uſura, quæ committitur in lucro ex præciſa dilatione temporis.

384. Primus titulus ab omoibus approbatus, eſt, æſtimatio virtualis translationis pecuniæ in alium locum, ubi eam Campſarius eſt accepturus. Nam Campſor ſuâ induſtriâ, & operâ anticipatâ fecit, ut Campſario perinde conſultum ſit, acſi pecunia ipſios per tabellionem aliò translata eſſet. quæ induſtria utique eſt pretio æſtimabilis, conſideratâ vel facilitate, vel difficultate illius ex loci diſtantia, ex multitudioe Campſorum, vel paucitate. Hic ergo titulus adeo certus eſt, ot potiùs Campſarius committeret uſuram, ſi vellet ſibi illam virtoalem translationem deberi pro ſolutione aoticipata quam fecit Campſori. Nam ut paulò antè dictum, anticipata ſolutio eſt titulus uſurarius.

Ad hunc titulum Transportationis reducitur titulus Aſſecurationis, oam Campſor in ſe recipiens ſolutionem in alio loco faciendam, etiam ſimul recipit aſſecurationem, hoc eſt, qoòd quamdiu alibi oon ſolvitur, tamdiu maneat obligatus procurare ſolutiooem illo alio loco. Quapropter non eſt, cur titulus aſſecurationis diſtinguatur à titulo translationis, quamvis abſolutè poſſent ſeparari, quia poteſt nuntius in ſe recipere obligationem transferendi, non tamen obligationem aſſecurandi: qoia verò in Cambio ſolet Campſor utrumque præſtare, ſub uno titulo utrumque contiuetur.

385. Secnodus titulus capiendi aliquod lucrum ſolet aſſignari à Navarro, Cajetano, Molina, Leſſio, ſi pecunia, quæ hìc ſolvitur Campſori, mious valet hìc, quàm ubi Campſario eſt refundenda. Ratio eſt, qoia ſi pecunia in otroq; loco idem valeret, poſſet Campſor aliquid lucrari ratione transportationis & aſſecurationis: ergo ſi accedat diverſitas valoris majoris, ratione hujus poterit etiam aliquid exigi.

Sotus *q.* 12. *a.* 2. negat hanc conſequentiã, & docet, Campſorem ſi lucretur ratione majoris valoris, non poſſe ſimul lucrari ratione trajectionis: quia ſi tuis pecuniis trajicis peconiam tuam ad locum ubi plus valet, ille major valor debet tibi accreſcere, oon trajicenti. Sicut, ſi baiulus mercede conductus tuam pecuniam illuc deferret, oihil utique exigere poteſt ultra mercedem, propter majorem valorem, quem in illo loco pecunia tua habitura eſt. Si ergo Campſori ſolvitur titulo translationia, ſicut baiulo, nihil debebitur ex eo titulo, quòd pecunia ibi plus valitura ſit, ſed hoc cedet commodo Campſari.

Hæc tamen comparatio Campſoris cum baiulo, videtur nimium probare. Probaret, inquam, quòd, quando pecunia trajicienda minus valet in loco, ad qoem transfertur, quàm in loco, ubi Campſori ſolvitur, non minus lucrum deberetur Campſori, quàm ſi eondem utrobique valorem haberet, quod eſt contra omnes. ſequela probatur à paritate baiuli, qui etiam in tali caſu eandem mercedem exiget, ſive pecunia habeat ibi æqualem, ſive minorem valorem.

386. Itaque Card. de Lugo, quamvis putet argumentum Soti formaliter, & in rigore benè concludere, in caſu tamen noſtro exiſtimat, & probat

probat inefficax eſſe ob diverſitatem materiæ, & circumſtantiarum.

Concedit ergo Lugo, argumento Soti benè probari, non poſſe Campſorem titulo trajectionis & majoris valoris ſimul plus accipere, quàm eſſet pretium juſtum trajectionis realis: ſi enim ponamus Campſarium ſolvere integrum pretium trajectionis realis, ad eum ſpectabit emolumentum, quod ex trajectione reali haberet, nempe valoris exceſſum. Quod ſi Campſor malit ipſe illo emolumento gaudere, hoc ei conſilium dat Lugo, ut faciat Cambium ſimplex pecuniæ pro pecunia, exigendo ſurſus illum majorem valorem, & non utatur titulo trajectionis.

Cæterùm, inter trajectionem per baiulum, & per Cambium eſt diſcrimen, ex quo erui poteſt, poſſe Campſorem aliquid accipere intuitu majoris valoris. Diſcrimen autem fundatur in eo, quòd, cùm Campſor trajiciat ſolùm virtualiter, per litteras, & ſine moleſtiis, quas haberet baiulus, ideo non poteſt vi hujuſmodi trajiciendi tam multùm accipere, ac poſſet pro mercede petere bajulus. Ex alia parte, quia, quando pecunia in loco ſolutionis & pecuniæ reddendæ plus valet, trajectio Campſoris eſt magis gravis & noxia Campſori, ex hoc capite magis accedit merces Campſori debita ad mercedem baiulo debitam, & ideo plus poteſt accipere, quàm ſi valor eſſet utrobique æqualis.

Quia verò diſcrimen hoc plus ſubtilitatis mihi videtur habere quàm ſoliditatis, ideo magis placet alius titulus, quem idem Card. adducit, vi cujus plus poſſit Campſor petere ob exceſſum valoris pecuniæ in loco ſolutionis, qui titulus non invenitur in baiulo. Campſor enim non ſolùm trajicit, ſed etiam aſſecurat pecuniam ſolvendam in termino. Certum eſt autem, aſſecurationem tanto plùs valere, quò plus valet res aſſecurata, vel cum majore diſpendio aſſecurantis eſt ſolvenda.

387. Quæres; an quæ dicta ſunt, procedant, non ſolùm ſi major ſit valor pecuniæ intrinſecus, vel legalis, ſed etiam ſi ſit extrinſecus. ℞. Affirmativè: v. g. ſi in termino ſolutionis eſt minor pecuniæ copia, plures negotiandi occaſiones, &c. unde fit, ut plures merces ibi emantur v. g. 100. aureis, quàm emerentur in loco ubi eſt Campſor.

Contra hunc titulum fit difficilis & intricata objectio, quâ videtur probari poſſe licitum eſſe aliquod lucrum, quod ab omnibus cenſetur eſſe uſurarium. Argumentum eſt hoc. Si licitè accipi poteſt lucrum propter majorem valorem etiam extrinſecum pecuniæ in termino ſolutionis, ſequitur poſſe etiam accipi lucrum ex mutuo propter majorem valorem extrinſecum, quem pecunia habebit tempore quo reddenda eſt: quare poteris nunc dare 100. mutuos, ut poſt ſex menſes in eodem loco reddantur tibi 110, quando pecunia minorem valorem extrinſecum habebit ob majorem copiam, vel alias cauſas: ſi enim ob hunc titulum plus accipi poteſt in alio loco, cur non etiam poſt aliquod tempus in eodem loco?

388. Reſpondent omnes, negando ſequelam, & ipſum etiam conſequens: quia ſi talis titulus in mutuo ſemel approbaretur, aperiretur latens porta accipiendi lucrum ex mutuo, quando tempore ſolutionis ſperatur futura major pecuniæ copia. Imprimis ergo videndum eſt, quæ ſit diſparitas: deinde de falſitate conſequentis agendum.

Diſparitatem aſſignat Lugo n. 48. quia in Cambio locali intervenit virtualis trajectio & aſſecuratio pecuniæ, quæ ſunt actiones diſtinctæ à pecunia, & pretio dignæ, & hæ actiones poſſunt habere majorem & minorem valorem, quia poſſunt æquivalere pluribus, vel paucioribus pecuniis propter diverſas circumſtantias, quæ occurrunt: quando autem pecunia reddenda eſt eodem loco, ſed diverſo tempore, nihil aliud intervenit niſi pecunia, quæ non poteſt habere verè diverſum valorem, cùm non æquivaleat pluribus, vel paucioribus rebus ejuſdem valoris; ut mox explicabitur. Ità ille. Quâ reſponſione videtur reipsâ titulus accipiendi lucrum ob diverſum valorem pecuniæ reduci ad titulos priores tranſlationis, & aſſecurationis, & tantùm materialiter accedere plus lucri, ex eo quòd pecunia alibi plus valeat, nempe quia pro illis actionibus plus poteſt exigere in loco ubi pecunia minus valet.

389. Falſitatem conſequentis ex mente Soti, & Molinæ declarat idem Auctor n. 47. ſupponendo, ad juſtitiam mutui requiri, & ſufficere, quòd à Mutuatario exigatur, ſolùm æquale in valore cum re mutuò data: quare qui mutuat tres tritici menſuras, licitè exegit, quod totidem reddantur, niſi credatur triticum tempore ſolutionis plus valiturum: ſi autem tempore ſolutionis credatur minus valiturum, licitè exiguntur plures menſuræ, ut adæquent valorem trium præcedentium, quæ plus valebant, quia valebant 15. aureos v. g. quibus tempore ſequenti non æquivalebunt, & hoc eſt, habere majorem valorem, nempe æquivalere pluribus pecuniis. Quando autem pecuniæ dantur mutuò, ſtante earum penuriâ, reddendæ in eodem loco, tempore majoris copiæ, non poſſunt hoc ſolo titulo plures exigi: quia reverâ pecuniæ datæ non plus valebant, quàm totidem redditæ: non enim habebant majorem valorem intrinſecum aut legalem, ut ſupponimus, neque etiam NB. habebant majorem valorem extrinſecum propter raritatem & penuriam pecuniæ, quia non ideo æquivalebant tunc rebus majoris valoris, quàm poſtea. Nam licèt tunc poſſent illis pecuniis emi 20. modii tritici v. g. qui poſtea non poterunt eâdem pecuniâ emi propter majorem pecuniæ copiam, ſed ſolùm 16. v. g. hi tamen ſedecim modii

Digitized by Google

non ſunt minoris valoris, ſed æqualis cum valore 20. modiorum tempore præcedenti: propter majorem enim pecuniæ copiam carius factum eſt triticum, & crevit ejus valor. Quod à poſteriori probari poteſt. quia ſi tempore præcedente dediſſes mutuos 20. modios tritici, qui tunc valebant 100. aureos, ſciens poſtea, adveniente pecuniæ abundantiâ, eosdem 20. modios valituros 150. aureos, non potes exigere, ut reddi debeant poſtea 20. modii, ſed pauciores, quia creſcente eorum pretio pauciores æquivalebunt in valore prioribus 20. ergo pauciores modii æquivalebunt 20. prioribus: & per conſequens totidem 100. aurei reddendi æquivalebunt 100. acceptis in valore, quia licèt æquivaleant paucioribus modiis tritici, hi tamen pauciores modii æquivalent in valore eo tempore 20. modiis emptis tempore præcedente. Si ergo reddendum eſt æquale in valore, non debent reddi plures pecuniæ in eodem loco, quia hæ ſemper habebunt majorem valorem, cùm ijs emi poſſit tantundem tritici, quod tamen nunc plus valet, quàm tempore præcedente. Ratio autem eſt, quòd rem eſſe majoris valoris, vel minoris, eſt: majori, vel minori pretio emi poſſe: cùm ergo pecunia ſola ſit pretium aliarum rerum, res aliæ dicuntur creſcere vel decreſcere in valore & in pretio, adveniente copiâ, vel penuriâ pecuniæ: non verò NB. dicitur pecunia decreſcere in valore, & in pretio, quia ſemper habet eundem valorem, & pretium: alioquin adveniente copiâ pecuniæ dicere poſſemus, tritici pretium non eſſe auctum, ſed potiùs decreviſſe pecuniæ valorem, & pretium, perſeverante eodem tritici pretio & valore, quod tamen dici non poteſt, ut probavimus. Ità Lugo.

Hac doctrinâ ſuppoſitâ debet ad objectionem factam non ſolùm negari ſequela, & ipſum conſequens, ſed inſuper etiam ſuppoſitum conſequentis, nempe quòd 1. anente eodem pecuniæ valore intrinſeco & legali, poſſit variari valor pecuniæ extrinſecus propriè loquendo, ſed ſolùm diceretur variari per denominationem valde extrinſecam, ab ipſarum rerum emendarum valore variato: ſicut Philoſophi dicunt, *evidentiam & probabilitatem* non ineſſe objectis, ſed cognitioni, & ab hac dici objecta evidentia vel probabilia.

CONTROVERSIA IV.

Vtrum licitè capiat lucrum Campſor, quando ipſe prior ſolvit hîc, alibi ſolutionem accepturus.

SUMMARIUM.

Licitum eſt Cambium quo Campſor prior ſolvit alibi ſolvendus. 390.

Quo titulo juſtificetur hoc Cambium. 391.

An Campſor poſſit lucrum accipere, ſi ipſi commodum eſt accipere alibi pecuniam. 392.

Ratio dubitandi eſt in aperto. In hoc enim caſu nec intervenit titulus trajectionis, nec titulus Aſſecurationis, ſed potiùs trajectio incumbit Campſario. Campſos autem anticipatè ſolvendo pecunias aliud agere non videtur, quàm mutuare. atqui ex mutuo lucrum eſt uſurarium: ergo, &c. & ità ſentiunt Hoſtienſis, Innocentius, Antoninus, Sarmiento & alii apud Salas.

390. DICENDUM tamen eſt cum recepta ſententia, etiam Pontificis, ut fertur, oraculo approbatâ, tale Cambium eſſe licitum. Ratio eſt, quia ſicut in caſu præcedentis Controverſiæ virtualiter Campſor trajicit ſuas pecunias v. g. Ingolſtadii ſibi ſolutas Romam, ubi tu eas recipias, ità in caſu præſentis Controverſiæ virtualiter trajicit tuas pecunias Romanas, hoc eſt, Romæ ſibi reddendas huc Ingolſtadium, ubi tibi eas numerat. Itaque gerit ſe ſicut bajulus, qui ſe pro mercede obligaret ad afferendas Româ pecunias: deinde verò ut ſe hac obligatione liberaret, de ſua pecunia hîc tibi illam ſummam numeraret, cum Iure accipiendi deinde in ejus compenſationem tuam pecuniam Romæ exiſtentem.

Dices: ponamus (ut in effectu ſolet eſſe) Campſori commodum eſſe, Romæ ſibi ſolvi, hoc caſu etiam Campſarius transfert pecuniam Campſoris virtualiter Romam: ergo hic titulus compenſatur. Sed contra eſt, quia hoc non facit Campſarius in commodum Campſoris formaliter, ſed in ſuum commodum, quia alioquin deberet illos Româ realiter afferre Ingolſtadium, ut hîc ſolveret, quod hîc accipit.

391. Hunc titulum virtualis trajectionis etiam aſſignat Leſſius n. 28. Poſtea tamen n. 30. putat, hunc titulum non neceſſarium, ſed alium ejus loco ſuffecturum. [Sed etiamſi, inquit, concederemus, Campſorem non trajicere pecuniam alterius in hoc cambio, tamen ex ratione permutationis aliquid lucrari poteſt, quia pecunia procul abſens à loco contrahentium minoris æſtimatur, quàm præſens: ergo præſens poteſt cum lucro contra abſentem permutari. Antecedens probatur: tum quia abſens non præbet ex

natura

natura rei eam facilitatem, & commoditatem, quam præſens: tum quia abſens (quantùm eſt ex natura rei) ſine ſumptu & periculis non poteſt effici præſens. Hinc fit, ut etiam merces abſantes minoris valeant, quàm præſentes.] Citat pro hac doctrina Sylveſtrum, Cajetanum, Navarrum. His accedit Palao p. 5. n. 2.

Verùm, hic titulus vel eſt nullus, vel non diſtinguitur, nec diſtingui reipsâ poteſt à titulo virtualis trajectionis, & aſſecurationis. Nam, ut benè obſervat Lugo, ſi pecunia abſens minùs valet, quàm præſens, ideo eſt, quia ut fiat præſens, debet cum labore & ſumptu trajici, ut fatetur Leſſius. Ergo ſolutione trajectionis virtualis comprehenditur id quod opus eſſet ad ſolvendum Campſori pecuniâ præſenti. Idem ergo erit in reipſa, acſi Campſarius dicat Campſori: Da mihi Romæ mutuos 100. & quia ego non habebo poſtea Romæ 100. quibus tibi mutuum ſolvam, dabo tibi lucrum, ut accipias 100. quos habeo Matriti, & trajicias Romam pro ſolutione mutui. Quod tandem nihil aliud eſt, quàm dare lucrum pro trajectione virtuali illius pecuniæ, ad hoc ut poſſit Romæ æquè utilis eſſe, ac erat pecunia priùs Romæ accepta. Ità Lugo.

Præter titulum univerſalem trajectionis virtualis, poſſunt intervenire alii tituli non univerſales, ſed qui per accidens hîc & nunc locum habent, ut diverſitas valoris pecuniæ, lucrum ceſſans ex dilatione ſolutionis, aut damnum emergens, periculum ſolutionis, &c. de quibus nihil ampliùs dicendum eſt ultra ea quæ in ſuperioribus, præſertim in cap. de Mutuo & Vſura, dicta ſunt.

392. DUBITATUR, utrum ſi Campſori commodum eſt accipere pecuniam alibi potiùs, quàm hîc ubi ſuam dat, nihilominus poſſit lucrum accipere. Medina & Rebellus negant, ſaltèm ſi præveniat, & roget alterum, ut hîc accipiat pecuniam, & alibi reſtituat. Communis tamen & vera ſententia affirmat. Et quidem non obſtaret, etiamſi priùs rogâſſet Campſarium, ut benè advertit Lugo. nam de facto Campſores publici, ſicut & Mercatores exponendo venales merces, reipsâ præveniunt, & aliquo modo rogant, ut ſibi detur occaſio lucrandi. Ergo etiamſi campſor rogaret, cenſeretur ſolùm rogare, ut daretur ſibi occaſio lucrandi ex cambio. Quòd ſi rogaret, ut ſua pecunia virtualiter transferretur in ſuum commodum, diſtinctum à lucro cambii, tunc concederem Rebello, nihil poſſe exigere lucri, quia tunc ipſe potiùs gerit perſonam Campſarii, quàm Campſoris.

Quòd non obſtet commoditas, quam Campſor habet ex ſolutione facienda in altero loco, benè declarat Leſſius n. 32. in exemplo. Sicut enim is, cui commodum eſt reducere equum Lovanio Pariſios (voluit fortè eò proficiſci, & conduxiſſet equum ſuis ſumptibus) non tenetur hoc ſuum commodum æſtimare ad nihil petendum pro reductione ab eo qui ejus operam ad reducendum equum requirit, ità nec Campſor.

CONTROVERSIA V.

Vtrum licitè varietur lucrum Cambii ob majorem vel minorem dilationem ſolutionis.

SUMMARIUM.

Praxis cambiendi ob majorem vel minorem dilationem ſolutionis. 393.

Qui tituli præſumantur in tali praxi intervenire, ut juſtificentur. 394.

Ratio dubitandi naſcitur ex eo, quòd ſit Uſurarium lucrum, quod accipitur præcisè ex dilatione ſolutionis, ſi alii tituli ceſſent.

393. In contrarium eſt notoria praxis, quam deſcribo ex Leſſio dubio 6. obſervari ſolitam in nundinis Francofurtenſibus tum circa tempus Paſchale, tum menſe Septembri: in quibus fiunt ſolutiones Cambiorum. Reguntur autem hæc cambia florenis Germanicis, & groſſis Flandricis. Nam qui dant Antuerpiæ ad Cambium, ut recipiant Francofurti, certo numero groſſorum emunt florenum Germanicum, & contra qui Francofurti dant, ut Antuerpiæ recipiant, floreno Germanico emunt certum numerum groſſorum. In pretio autem ferè ſervabatur hæc ratio tempore Leſſii. Si Antuerpiæ Campſor quinto menſe ante nundinas pecuniam numerabat, ſolùm dabat v. gr. 73. groſſos pro floreno Germanico. Si quarto menſe numerabat, ſolùm dabat, 74. Si tertiò, 75. ſi ſecundò, 76. ſi uno tantùm menſe ante nundinas, 77. circiter. In nundinis autem recipiebant florenum Germanicum, æſtimatum ibidem, 79. vel 80. groſſis vel Antverpiæ ſuas obligationes ſeu litteras Cambii aliis vendebant, ità ut 4. 5. vel 6. groſſos in ſingulos florenos Germanicos lucrarentur. Similis ferè ratio ſervatur in Cambiis ad alia loca & nundinas, ſolent enim eò minùs dare & plus accipere, quò nundinarum tempus eſt remotius, & econtra quò eſt propinquius, eò plus dare, & minus lucrari.

Certum autem eſt, præcisè ratione ſolius temporis longioris, non poſſe lucrum augeri, hoc enim eſſet uſurarium. Nam in Cambio non requiritur nec conſideratur temporis intervallum, niſi in quantum eſt neceſſarium ad transferendam pecuniam aut litteras, & ad præparationem ſolutionis ut in loco diſtanti commodè & tempeſtivè fieri poſſit: Quidquid ergo acciperetur pro ulteriore dilatione, eſſet uſura.

394. DICENDVM eſt, poſſe meritò præſumi, ad hanc praxim juſtificandam, ſemper ſubeſſe

Digitized by Google

ſubeſſe aliquos titulos, & quoad hoc credi Campſoribus & Mercatoribus ob longam experientiam, quâ docentur, quòd niſi talis praxis obſervaretur & licita eſſet, Cambia ceſſarent in perniciem Reipublicæ, cujus intereſt non carere occaſionibus cambiendi. Primus ergo titulus eſſe poteſt, quòd longior dilatio ſolutionis imminuat & ex parte tollat facultatem lucrandi illâ pecuniâ, & quia ſors diutiùs verſatur in periculo. Secundus titulus eſſe poteſt, quia quò plures ſunt menſes ante nundinas, eò plures ſe offerunt Campſarii, ut diutiùs poſſint frui pecuniis: atqui creſcente numero petentium cambium, creſcit quoque jus exigendi plus lucri, ſicut quò plures ſunt emptores, eò cariùs venduntur merces. Tertius titulus eſſe poteſt, quia Campſores incommodum Campſariorum volunt in temporis protractione virtualiter comprehendere, & celebrare plura Cambia, quia ſi non concederetur plus temporis, quàm natura uniuscambii poſtulat, tunc illi, qui pluribus menſibus egent pecunia, cogerentur ſæpiùs cambire cum ſuo incommodo, & cum majore lucro Campſorum.

CONTROVERSIA VI.

Utrum licitum ſit Recambium, ſeu Cambium cum Recambio, ſeu Recurſu.

SUMMARIUM.

Quomodo fiat Cambium cum Recambio. 395.

Duplex hujus cambii figuratio Card. de Lugo. 396. *& ſeq.*

Aliorum ſententiæ an hoc recambium ſit licitum. 399.

Conciliatio ſententiarum. 400. *& ſeqq.*

Si Petro volenti accipere Romæ 1000. *ad Cambium Placentiæ ſolvendum, ubi non habet correſpondentem, poſſit ipſe Campſor Placentiæ recambere.* 403.

Reſolvitur alius perplexus modus recambiendi. 404.

Reſolutio caſûs principalis. 405. *& ſeqq.*

Reprobatur alius nugatorius modus recambiendi. 408.

Regula deprehendendi latentes uſuras in Recambiis. 409.

Concluditur Recambium ſeu Cambium tam recurſu, non eſſe ſimpliciter reprobandum. 410.

Declaratur à paritate negotiatoris loco mutui merces offerentis. 411.

Mereretur tamen Recambium prohiberi ob periculum grave uſuræ. eod.

395. Cambium cum Recambio tunc fit, (ut ego concipio) quando Campſor Petrus tradit pecuniam, v. g. Auguſtæ Vindelic. Campſario Paulo, ſolvendam Romæ: ſed quia Paulus Romæ non habet pecunias neque aliquem correſpondentem, utitur operâ correſpondentis Petri, vel alterius v. g. Ioannis, Romæ exiſtentis, eúmque rogat, ut Romæ ſolvat Petro, vel ejus procuratori aut correſpondenti pecuniam acceptam Auguſtæ, cum lucro Cambii: Porrò, quia Ioann. fit creditor Pauli, & Paulus illius debitor, ideo Ioannes recambit Auguſtam ad Petrum primum campſorem debitum Pauli, ut Paulus Auguſtæ ſolvat Petro, iterum cum lucro Cambii ſecundi ſeu recambii: unde à primo ad ultimum fit, ut debitum Auguſtæ contractum reipsâ Auguſtæ ſolvatur unà cum lucro. & hæc eſt cauſa dubitandi de juſtitia hujusmodi cambiendi: ſolétque vocari Cambium Beſuntinum, vel Placentinum, eò quòd dicatur in has urbes à Genuenſibus celebrari. Vocatur communiùs: Cambium *Recurſu*, ſeu cum recurſu.

396. Card. de Lugo hoc Recambium dupliciter figurat. n. 60. Aliquando, inquit, reſpondens (Neopolitanus) Campſarii (Romani) non ſolvit pecuniā præſenti Neapoli reſpondenti Campſoris, ſed obligat ſe pro illa pecunia, tanquam ſi ei data fuiſſet de nuò Neapoli ad Cambium Romæ ſolvendum, & reſpondens Campſoris remittit ad eum (id eſt Campſorem) obligationem illam, ut ipſe Romæ recipiat recambium cum altero lucro ſecundi Cambii à primo Campſario. Aliquando etiam fit, quòd Campſarius non habeat Neapoli pecuniam, nec reſpondentem qui pro illo ſolvat, vel ſe obliget, & petit à Campſore, ut ejus reſpondens velit pro ipſo Campſario litteras acceptare & ſolvere, vel pro debito obligari: qui reſpondens duas perſonas ſubibit, alteram procuratoris Campſoris, alteram procuratoris ſeu reſpondentis Campſarii, & quâ procurator Campſoris recipit à ſe illam obligationem, quam tanquam novum debitum & novam pecuniam Campſario Neapoli datam ad cambium Romæ ſolvendam remittit ad Campſorem, ut Romæ recambium accipiat à Campſario cum novo emolumento ex ſecundo cambio. In ſolutione autem reſpondens Campſoris detrahit ex tota ſumma ſuas proviſiones pro labore, quæ ſunt bini vel terni aurei pro ſingulis millenariis.

397. Clariùs & diſtinctiùs figurat idem Auctor hoc Cambium n. 76. ubi ait, accidere de eo fuiſſe diſputatum Romæ in Congregatione à Summo Pontifice ad hoc deputata. Petrus Romæ petit à Ioanne Campſore 1000. aureos, quibus hic Romæ indiget. Ioannes offert cambium ad nundinas Placentiæ, ut ibi Petrus 1000. aureos cum intereſſe Cambii ſolvat: Petrus dicit: non habeo pecunias placentiæ, nec correſpondentem aut creditum: fac ut correſpondens

tuus

tuus velit pro hac vice eſſe correſpondens meus, & acceptare meas litteras Cambii, tibique ſolvere: ego enim eum ab hoc debito poſtea liberabo. Conſentit Ioannes: dat Petro 1000. aureos Romæ. Petrus viciſſim dat ei litteras Cambii directas ad Antonium, qui eſt Ioannis Procurator Placentiæ, quibus committit Antonio, ut ſolvat Ioanni 1000. aureos pro totidem acceptis ab eo Romæ. Ioannes ſimul ſcribit eidem Antonio Procuratori ſuo, ut acceptet litteras Petri, ab eoque recipiat id quod ſibi debet, & frequenter datâ ſecuritate tutum reddit Antonium, quòd eâ de cauſa nullum damnum patietur, licèt Petrus non ſolveret. Tunc Antonius acceptat creditum Petri, ejúſque litteras, & ut eas exequatur, ſcribit & conſtituit Ioannem creditorem illius Summæ, & Petrum debitorem, atque ità abſolvitur primus Contractus Cambii. Poſtea, quoniam Petrus non ſolvit Placentiæ pecunias, quas ibi dare debebat, & quas Antonius pro ipſo ſolvit, Antonius ex comiſſione ſibi ab eodem Petro miſsâ remittit idem debitum per ſecundum cambium Romæ à Petro cum ſecundo intereſſe cambii (ſolvendum) ut Petrus, quaſi illam Placentiæ accepiſſet ad ſolvendum primum cambium, prout virtualiter accepit ab Antonio pro ipſo ſolvente, debeat eam Romæ ſolvere per litteras Cambii quas Antonius ad ipſum dirigit, mandans ut Petro (legendum eſt: Ioanni) ſolvat Romæ: cenſetur enim Antonius Placentiæ ſolvens Petro, dediſſe eam ſummam Placentiæ ad cambium Romæ ſolvendum cum intereſſe ſolito cambii: Quare poſt tres menſes elapſos à prima acceptione pecuniæ, Petrus ſolvit Romæ 1028. aureos plus minuſve pro 1000. quos acceperat (à Ioanne Campſore) ità ut 28. aut 29. ſint pro intereſſe duplicis cambii & proviſionibus.

Solent autem ſæpè aliquæ circumſtantiæ variari, & ideo non omnes eodem modo caſum & ſpeciem facti formant. Aliquando enim Antonius eſt quidem reſpondens Ioannis, habet tamen & ipſe peculium aut patrimonium proprium, quo poteſt recambium inſtituere, & tunc lucrum erit illius.

398. Prima ſententia negat eſſe licitum, aitque eſſe ſiccum, ſi quod aliud ſiccum eſſe poteſt (ut loquitur P. Tannerus q. 7. dub. 5. n. 149.) Ità P. Molina d. 404. Iuſtinianus, Lupus, Sotus, Comitolus, Rebellus, Tannerus, Palacius, & alii plures relati à Diana *Reſol. 1. de Contract.* & teſte Comitolo hunc modum cambiendi improbarunt 17. Doctores noſtræ Societatis. Quâ tantâ DD. auctoritate non obſtante ità invaluit modus iſte cambiendi, ut ſit frequentiſſimus. Vnde neceſſe fuit, ut alii DD. tentarent ſollicitiùs, an viam defendendi reperirent, & non pauci ſunt, qui putent ſe reperiſſe. Itaque

399. Secunda ſententia tenet, ſi debitum moderamen adhibeatur, eſſe licitum illud Recambium. Ità apud Dianam plurimi, Megala, Leſſius, Salas, Sa, Homobonus, Filliucius, Salon, Boninſigna, quibus accedit Lugo, & Dicaſtillo, qui ultimus n. 54. paucis verbis rem totam abſolvens, probat denique ex eo, quòd videatur approbatum in quadam Bulla Pii. V. ad Bononienſes teſte Manuele Sà, v. Cambium. n. 8. Quam Bullam Comitolus lib. 3. reſp. Mor. q. 25. n. 10. teſtatur ſe vidiſſe. Ità Dicaſtillo. Sed Comitolus, qui hujus ſententiæ eſt acerrimus adverſarius, plus non dicit, quàm quòd AA. hujus ſententiæ quærant diverticulum in quadam conceſſione Pii V. quam ipſe vidit Venetiis typis impreſſam: (& ego eam reperi in fine operis de hac materia Sigiſmondi Scacciæ.) quâ facit Pius V. Bononienſibus poteſtatem, campſoriam menſam in eorum civitate erigendi cum remiſſione litterarum ad eos, qui pecunias ſuas huic illive tradunt. Huic ſententiæ accedit etiam Palao p. 9.

400. Utrique ſententiæ aliquid concedendum eſt, & primæ quidem ſententiæ (quæ fortè reipsâ plus non intendit) ex communi DD. quos refert & ſequitur Lugo n. 79. dandum eſt, fore cambium illicitum & uſurarium, ac reverà ſiccum & ſimulatum, ſi Campſor ſciat, petentem pecunias alibi ſolvendas cum lucro cambii, non habere in illo alio loco pecunias, neque etiam aliquem ibi eſſe, qui ſuo nomine ſit ſoluturus, adeóque reipsâ conſtituiſſe pecuniam cum lucro ſolvere in loco ubi eas accepit. Ratio eſt, quia ut Cambium non ſit ſiccum, debet realiter intercedere permutatio pecuniæ cum pecunia: atqui in tali caſu hoc non ſit: nam pecunia, quæ eſt objectum permutationis in illo alio loco non eſt, nec eſt aliquando ibi futura, ut ſupponitur: ergo contractus eſt de materia nulla, ſeu non ſupponente, quæ tamen in ipſo contractu fingitur eſſe. Si ergo Campſor hoc ſciat, malâ fide procedit, & intendit accipere lucrum ex mutuo, quia intendit ſolutionem ſortis cum lucro faciendam in eodem loco, præcisè ob temporis dilationem.

Secundæ ſententiæ imprimis concedendum eſt. Quodſi Campſor bonâ fide proceſſiſſet, Campſarius verò ſubdolè ſimulâſſet, ſe alibi ſoluturum, tunc teneretur Campſori ad lucrum ceſſans & damnum emergens non minùs quàm mutuatarius: imò & lucrum Cambii exigere poteſt Campſor, quidquid cum quibuſdam neget Salas. Ratio eſt, quia promiſſio hujus lucri non eſt mera liberalis & gratuita promiſſio, ſed eſt onerosa, & in pactum reciprocum deducta: ergo quandoquidem Campſarius ex parte ſua contractum implevit dando hîc pecunias, ut eas alibi cum lucro recipiat, non excuſabitur Campſarius per ſuam doloſam & ſimulatam promiſſionem, ſed tenetur ad omne illud, ad quod teneretur, ſi ſerium animum habuiſſet. Et hoc

ex Auctoribus primæ ſententiæ expreſſè concedit Molina d. 104. in fine §. Dubium eſt. & probat ex regula generali, quòd fraus & dolus nemini debeat patrocinari: item quia venditor rei alienæ à fure facta valet ad hoc, ut fur de evictione teneatur, quantùm emptoris intererat rem non fuiſſe alienam: ergo etiam in caſu noſtro contractus valebit ut obligetur Campſarius, quantùm intereſt Campſoris, non fuiſſe contractum ſimulatum, ſed Campſarium verè alibi habuiſſe pecunias. Hoc ergo imprimis eſt concedendum ſecundæ ſententiæ.

401. Eidem ſecundæ ſententiæ concedendum eſt, nec videntur AA. primæ ſententiæ diſſentire, quòd ſi (in caſu à Lugone formato) Petrus Campſarius Placentiæ haberet amicum, qui Placentiæ litteras acceptaret, & ſolveret, cambium non eſſet ſiccum, ſed juſtum, & abſolutè completum ad hoc, ut ex primo hoc cambio Ioannes Campſor lucrum caperet Placentiæ ſuo correſpondenti ſolutum: Ratio eſt, quia qui per alium ſolvere poteſt, jam cenſetur habere pecunias in alio loco permutandas pro illis quas à Campſore Romæ accepit.

Ulteriùs eidem ſecundæ ſententiæ concedendum eſt (& deducitur ex jam dictis) quòd ſi Amicus ille Petri ſolvens, pro Petro, det illam pecuniam Placentiæ ipſi Petro ad Cambium, ità ut Petrus Romæ debeat ſolvere alicui tertio, ab illo Placentino amico deſignato, illam ſummam unà cum lucro cambii, tale etiam cambium valeret. Eſſet enim hoc cambium à priore diſtinctum, & priore jam abſoluto inter Petrum & Ioannem celebraretur, alterum inter Petrum & amicum Placentinum.

402. Hinc iterum deducitur, idem dicendum fore, ſi Campſor ipſe Ioannes requiſitus à Petro talem illi amicum procuraret Placentiæ, nihil enim intereſt, nec variat ſubſtantiam contractûs, quòd Petrus ipſe Placentiæ amicum inveniat per ſe ipſum, an per alium, qui illum amicum inveniat, illique, etiam fidejubendo perſuadeat, ut pro Petro ſolvat. Dummodo (quod benè notandum & cavendum eſt) Campſor Romanus Ioannes, non deducat in pactum nec obliget Petrum, ut illam ipſam pecuniam Placentiæ pro ipſo ſolvendam iterum accipiat ad Cambium, & Romæ ſolvendam. debet enim illi liberum relinqui, ut ſi velit Placentino amico aliter pro ſoluta pecunia ſatisfacere, id poſſit. Cæterùm contractus non vitiaretur, ſi Petrus Ioanni ſe obligaret, ad ſolvendum Romæ, caſu quo Placentinus amicus non remitteret litteras ad ſequentes nundinas: hæc enim eſt licita aſſecuratio, & quodammodo fidejuſſio.

Hæc omnia fuerunt à Congregatione Romæ habita approbata, teſte Lugone.

403. Dubitatum tamen eſt. 1. Si Petro volenti accipere Romæ 1000. ad cambium Placentiæ ſolvendum, ſed ſimul dicenti, ſe Placentiæ nullas habere pecunias, nec amicum aut correſpondentem, dicat Campſor Ioannes. [Ego tempore illo ad ſolvendum præfixo adero perſonaliter Placentiæ, & dabo tibi ad novum cambium alios 1000. aureos, quos cum lucro cambii mihi Romæ ſolvas: & quibus Placentiæ extinguas primum cambium, manens debitor tum lucri primi cambii, tum 1000. cum lucro ſecundi cambii, Romæ ſolvendorum.] quæritur inquam an hoc ſit licitum. Reſpondet abſolutè affirmativè Lugo. Diſtinguendum tamen juxta dicta. Si enim Campſor vellet in pactum deducere ſecundum Cambium, & obligare Petrum ad illud Placentiæ celebrandum (quod quidem non eſt incredibile intendi à Campſore) non eſſet id licitum, ut paulò antè dictum eſt. Si verò ſolùm liberaliter illi offerret hanc ſuam operam, interim liberum relinquendo, quomodo velit primum cambium extinguere, fateor nullam apparere injuſtitiam, & erit conſultum Petro ex duplici capite. 1 Quia ſic liberabitur curâ procurandi amicum alium, & expeditiùs res tranſigetur cum paucis quàm cum multis. Deinde poterit hac ratione lucrari proviſiones ſolvendas correſpondenti aut procuratori, nec opus erit Romæ conficere litteras, &c. quia nullus procurator aut amicus interveniret, ſed ipſe Petrus ſuum negotium gereret Placentiæ.

404. Dubitari tamen hac occaſione poteſt. 2. Utrum ſi Petrus nolens proficiſci Placentiam conſtitueret ipſum Ioannem ſuum procuratorem, qui Placentiæ habens pecunias eòque perveniens illas eaſdem pecunias, nempe 1000. aureos, quarum tunc eſt dominus, tanquam procurator Petri per clauſulam *conſtituti* incipiat poſſidere nomine Petri; ſicque dominium transferat in Petrum, ad cambium Romæ ſibi ſolvendum, deinde verò ex Petri commiſſione eaſdem det ſibi ipſi ad extinguendum prius cambium; quæritur, inquam, an tale cambium eſſet juſtum? R. Speculativè loquendo, & ſecluſo omni dolo & fraude legis naturalis, non ſolùm tale cambium eſſet juſtum, interveniente nimirum reali pecuniarum commutatione, verùm etiam poſſet Ioannes, in quantùm agit procuratorem Petri, etiam proviſiones exigere, quas alioquin Petrus alteri procuratori ſolvere deberet. Ratio eſt, quia nec abſurdum nec novum eſt, aliquem agere duas perſonas, unam propriam, alteram alienam, & ſic ſecum ex alterius perſona contrahere, quemadmodum poteſt aliquis Oeconomus emere nomine ſui domini frumentum à ſe ipſo.

405. Hinc jam veniendo ad caſum principalem, in Romana Congregatione diſputatum, difficultas tota erat in eo, an caſu quo nec Ioannes nec Petrus Placentiam ituri ſunt, poſſit Petrus petere à Ioanne, ut ſcribat Antonio procuratori

tatori

Digitized by Google

tatori ſuo (id eſt Ioannis) ut velit acceptis litteris Petri, ſolvere Ioanni 1000. & ſic extinguendo prius Cambium Romæ celebratum eoſdem 1000. iterum dare ad cambium Romæ à Petro ſolvendum.]

Inſiſtendo principiis hactenus poſitis reſolvit benè Lugo, n. 87. dupliciter hoc contingere poſſe: & utroque modo licitè. Primò quòd Antonius procurator utrinſque habeat pecunias ſuas formaliter, ex quibus pro Petro ſolvat Ioanni, & quas ut procurator Petri accipiat à ſeipſo ad Cambium Romæ ſolvendum. Et hoc licitum omninò videtur: quia ſicut poſſet ut procurator Petri à ſeipſo emere merces, quas illi mitteret, ità poterit à ſeipſo cambium accipere nomine ejuſdem Petri, ſicut poſſet à quolibet alio.

406. Secundus modus eſſet, quando Antonius procurator non haberet proprias pecunias, ſed ſolius Ioannis cujus eſt famulus, poterit etiam illas Ioannis pecunias ſibi ut procuratori Petri conſignare ad Cambium. Ratio eſt: quia ſicut ipſe Ioannes Placentiæ præſens daret Petro vel ejus procuratori pecunias ad novum Cambium, ità poteſt Antonius Ioannis procurator dare nomine Ioannis eaſdem pecunias ad cambium ſibi ut procuratori Petri: quod enim quis per ſeipſum poteſt in his contractibus, etiam per procuratorem poteſt, abſque læſione juris alieni. In his conſentio Lugoni & ſecundæ ſententiæ.

Verùm, poſt hæc Lugo ulteriùs progreditur. [Si verò, (inquit paulò pòſt) Antonius non habet quidem ibi pecunias reales Ioannis, habet tamen virtuales, quatenus habet credita Ioannis, de quibus nomine ipſius diſponere poſſit, diſtinguendum ſimiliter videtur. Si enim credita illa ſint ibidem exigibilia, quia Ioanni debentur pecuniæ ab aliis ibidem ſolvendæ, hæc procul dubio videntur pecuniæ virtualiter ibidem exiſtentes: quare Petro petenti Placentiæ 1000. ad cambium Romæ ſolvendum, poterit Ioannes dicere: ego non habeo quidem hîc pecunias, habeo tamen credita ab aliis mihi hîc ſolvenda: ſi vis, loco pecuniæ transferam in te unum ex his creditis, quo poſſis uti ſicut pecuniâ propriâ, & hoc ipſum poterit facere Antonius ut procurator utriuſque, transferendo Joannis nomine aliquod ex illis creditis in Petrum, & acceptando illud nomine Petri, & poſtea reſtituendo idem creditum Joanni ad extinguendum primum Cambiũ Romæ initum, perſeverante ſecundo cambio Placentiæ inito per pecuniam virtualem, quam Petrus ibi à Joanne accepit.] Ità Lugo. Quam doctrinam (de cujus veritate diſputent alii) in praxi non credo facilè locum habere, cùm in nullo Authore legam, Iura perſonalia (qualia ſunt illa credita) dari ad cambium, cùm cambium ſit permutatio realis pecuniæ jam in Dominio dantis conſtitutæ cum pecunia alterius.

407. Adhuc difficilius (ut ipſe Lugo fatetur) eſt, quod n. 90. & 91. ſubjungit, quo defendit cambium hujusmodi. Joannes Campſor nullas quidem habet pecunias, nec credita Placentiæ, quæ poſſet Petro ad cambium novum, & ad extinguendum prius cambium dare, habet tamen in aliis locis v. g. Florentiæ, & aliquod hujusmodi creditum transfert Placentiæ in Petrum, ad cambium Romæ ſolvendum, & illud iterum accipiendo à Petro extinguit prius Cambium Romæ celebratum. Ratio autem major de hoc dubitandi in hoc conſiſtit. Quia in hujusmodi translatione crediti nullæ dantur Petro pecuniæ, ne quidem virtuales Placentiæ, cùm ibi non poſſit reduci ad realem: ergo non videtur intercedere cambium reale, ſed fictum.

Nihilominus putat Lugo, non eſſe abſolutè impoſſibile hujusmodi cambium: quia creditum Florentinum poteſt Placentiæ vendi: ergo jam cenſetur Placentiæ exiſtere virtualiter tale creditum ſeu potiùs pecunia debita. Ego tamen huic fundamento non multùm fido; nam ſi hoc quod eſt: debitum Florentinum poſſe vendi Placentiæ, ſufficit, ut dicantur 1000. debiti exiſtere Placentiæ virtualiter virtualitate ſufficiente ad celebrandum cambium, profectò non magis exiſtent Placentiæ, quàm Romæ, quia etiam Romæ poſſet creditum Florentinum vendi. Ergone poſſent 1000. debiti Florentiæ dati Romæ Petro ad extinguendum cambium prius, & novum celebrari? certè Petro unum eſſet ſicut alterum: & tamen hoc nemo concederet, quia in eodem loco recambium non poteſt fieri: ergo ad Recambium neceſſe eſt, ut pecuniæ quæ alibi dantur ad cambium, ſpecialiter exiſtant in illo alio loco, v. g. Placentiæ, quo modo non exiſtunt alibi.

408. A fortiori improbandus eſt modus cambiendi (quem etiam Lugo improbat) quo Joannes, vel ejus procurator Antonius vellet Placentiæ creditum ipſius Petri Romæ contractum transferre in Petrum ad novum cambium Romæ ſolvendum, quo tamen Petrus extingueret primum cambium, ſed inſuper duplex lucrum, hoc eſt ex utroque cambio ſolvere teneretur. Hoc ſanè eſſet manifeſtè nugari (quod tamen aliqui defendere conabantur) nam debitum Petri non poteſt in Petrum transferri niſi illud remittendo, & extinguendo, quia nemo poteſt eſſe ſuiipſius debitor: ergo in hoc ſecundo cambio nihil daretur Petro, quod commutaretur cum pecunia Romæ ſolvenda. Pari modo, ſicut Joannes nihil daret Petro ad novum cambium conſtituendum idoneum (nam remiſſio debiti non eſt materia idonea ad cambium) ità nec Petrus daret placentiæ aliquid Joanni ad extinguendum prius cambium Romæ celebratum: quid enim daret? an reſuſcitans debitum remiſſum & extinctum? aliud nihil habet Placentiæ: nec aliud conſequitur à Joanne. quis non videt, has eſſe meras nugas ad illudendum hominibus indoctis?

409. Bre-

409. Breviter, ad hujuſmodi ſubtiles argutias ſecurè judicandas, & latentis uſuræ radicem deprehendendam, optima regula eſt, ſi illud, quod in hujusmodi modis & pactis cambiendi per virtuales & implicitos rerum conceptus involvitur, in explicitos reſolvatur: tunc enim ſi appareat, quòd in rei veritate idem ſit, acſi Petrus promitteret Ioanni ſolutionem ſortis Romæ, cum duplici lucro cambii, eſt contractus manifeſtè uſurarius. v. g. ſi idem ſit, acſi Petrus Romæ accipiens 1000. à Ioanne, dixiſſet eidem Ioanni explicitè, & ſine ambagibus: Ego quidem Placentiæ (quo tu cambium dirigis, nec aliter vis dare pecunias) non habeo pecunias quibus ſolvam, ſed tamen tempore præfixo obligabo me tibi de novo ad ſolvendum hoc debitum Romæ cum lucro ſecundi cambii. Hoc inquam eſſet cambium omnium judicio uſurarium. Tale autem eſt, de quo ultimò fuit actum in præcedentibus.

410. Ex hactenus diſputatis tandem concludimus, Recambium, ſeu Cambium cum recurſu ſimpliciter, abſolutè ac univerſaliter non eſſe improbandum. Cujus, præter rationes allatas, ſolida probatio ſumi poteſt ex declaratione Congregationis ſub Gregorio XIII. cùm enim (inquit Lugo) Archiepiſcopus Panormitanus conſuluiſſet Pontificem, an cambium recurſæ prohibitum fuiſſet Bullâ Pii V. de Cambiis (quam paulò pòſt reſeram) in qua multa cambia declarantur eſſe ſicca, reſponſum fuit 1574 à Congregatione in hæc verba. [Congregatio S. D. N. cenſuit, hujuſmodi cambium litteris Pii V. fel. record. minimè comprehendi.]

411. Declaratur deinde breviter hac paritate. Poteſt negotiator alicui petenti mutuum, negare quidem mutuum (nam dare mutuum eſt beneficium, ad quod nemo tenetur) ſed offerre illi ſuas merces pretio ſummo juſto, & quidem credito: quo facto habet emptor poteſtatem illas vendendi, & ſic habebit pecunias quibus indiget, & quas volebat mutuas accipere: quodſi non poſſit invenire emptorem, poteſt ſe negotiator offerre ad eaſdem merces, ſed minore pretio, juſto tamen, emendas paratâ pecuniâ, & ſic non ex mutuo, ſed ex contractu emptionis habebit lucrum: atqui ſic ſe habet Campſor quando cambit cum recurſu: dat enim ſuas pecunias Romæ, ut ſolvantur Placentiæ cum lucro cambii, ſed quia ibi non invenit Campſarius pecunias, accipit ab eodem campſore novas pecunias, & ſolvit, ſed quia illæ iterum ſunt datæ ad cambium Romæ ſolvendum, ſicut, ſi prius cambium nunquam præceſſiſſet de novo lucratur.

Fatetur tamen Lugo, cum Leſſio, Fillucio & aliis, quòd propter periculum mutui & uſuræ palliatæ, & intentionis occultæ eò deducendi campſarium, ut obligetur ſolvere in eodem loco cum lucro, mereretur hoc cambium prohiberi lege poſitivâ, & conſulendum eſſet Campſoribus, ut ab eo abſtinerent. Nunc ſolvendæ ſunt objectiones eorum, qui hoc cambium putant jure naturæ eſſe illicitum.

Objiciunt ergo. 1. Ubi nulla intervenit pecunia campſarii, ſed ſolius campſoris, non ſervatur natura cambii; ſed in recambio non intervenit alia pecunia quàm campſoris. Ergo non eſt cambium: Sed tandem reſolvitur in mutuum Romæ datum, & ibidem cum duplici lucro ſolvendum abſque ullo titulo excuſante ab uſura, & juſtificante illud lucrum. ℞. Facilè negando minorem: quia Placentiæ transfertur pecunia Campſoris in dominium campſarii, hoc ipſo quia datur illi ad cambium Romæ ſolvendum. Ergo dum illâ utitur campſarius ad extinguendum primum cambium, ſuâ pecuniâ utitur.

Objiciunt 2. Hujuſmodi ambages adhibentur ad palliandam mutui uſuram ſolvendam in eodem loco: quia Campſarius plerumque non intelligit has ſubtilitates, ſed concipit obligationem ſolvendi ſortem cum lucro in eodem loco poſt aliquot menſes. ℞. Ex hac objectione patet, verum eſſe quod ſuprà dixi, adverſarios non impugnare cambium eo modo & ſincerâ intentione factum quâ à Doctoribus defenditur. Supponendum enim diximus, quòd omnia abſque dolo, ſeriò, & in veritate gerantur, ut dictum eſt, eſſe neceſſe. Neque verum eſt, Campſarios hæc ignorare communiter, informantur enim à Campſoribus.

Objiciunt 3. Petrus, non minùs quàm ſi Romæ mutuum accepiſſet, tandem cogitur Romæ ſolvere cum lucro cambii, hoc ipſo quia ſcit, ſe Placentiæ nihil habere, adeoque litterarum interventum eſſe meram ceremoniam. ℞. Quòd Petrus in effectu idem damnum patiatur, quod pateretur, ſi ex mutuo ſolveret uſuras, non provenit ex natura contractûs, ſed ex egeſtate & neceſſitate Petri, ſicut in caſu emptionis quòd cogatur merces ſummo pretio emptas iterum vendere pretio infimo, provenit ex egeſtate & defectu emptorum. Falſum eſt præterea, quòd Petrus à campſore cogatur ad recambium, eſt enim illi liberum, quocunque alio modo extinguere debitum Romæ contractum Placentiæ: quodſi verò ex aliorum mediorum defectu recurrat ad recambium, imputet ſuæ fortunæ.

CON-

CONTROVERSIA VII.

Quænam Conditiones in Cambiis obſervandæ ex Bulla Pii V.

SUMMARIUM.

Refertur Bulla Pii V. coërcens Cambiorum abuſum. 412.
Conditiones in Bulla requiſitæ. 413.
An ubi Bulla eſt recepta, pactum de determinato intereſſe ſit illicitum in conſcientia, etiam ſeclusâ omni fraude. 414.
An Campſor reſtituere teneatur, quod ex tali pacto accepit. 1od.
An ſit contra Bullam, dare cambium ad remotiores nundinas, non plus tamen exigendo, quàm exigatur ad proximas. 416.
Reſolvitur Caſus propoſitus P. Molinæ à Campſore timoratæ conſcientiæ. 417.
An prohibita ſit dilatio, quâ Campſarius prior dat pecunias, ut eas recipiat in remotioribus nundinis. 418.
Quomodo ſint intelligenda verba Bullæ: eſſe rationem habendam longinquitatis, &c. 419.

412. DUæ Bullæ, præter illam ad Bononienſes Mercatores, (de qua ſuprà mentio facta eſt) emiſſæ ſunt, abuſum Campſorum coërcentes, quarum prior eſt Pii V. quæ incipit. Cùm ſicut. quæ concernebat Campſores tunc delinquentes, in quos pœnas ſtatuit. Altera eſt Pii V. quæ deinceps obſervatur, & à Theologis ponderatur, & ſic habet.

[In eam pro noſtro Paſtorali officio curam diligenter incumbimus, ut D. N. ovibus opportuna pro animarum ſalute remedia adhibere minimè differamus. Cùm itaque ad aures noſtras pervenerit, legitimum cambiorum uſum, quem neceſſitas publicáque utilitas induxit, ſæpè numero ob illiciti quæſtûs cupiditatem ſic depravari, ut ſub illius prætextu uſuraria pravitas à nonnullis exerceatur, nos petitionibus quæ ſuper his nuper factæ ſunt, hac perpetuò valiturâ decretali reſpondendum eſſe duximus, ut neque doloſis ſua fraus ſuffragetur, neque ignaros perdat inſcitia: ſic enim Paſtoris officium exequimur, dum gregem nobis commiſſum ab æternæ damnationis periculo eripere modis omnibus ſtudemus.

Primò, ergo damnamus ea omnia cambia, quæ Sicca nominantur, & ità confinguntur, ut contrahentes ad certas nundinas, ſeu ad alia loca cambia celebrare ſimulent; ad quæ loca ij qui pecuniam recipiunt, litteras quidem ſuas cambii tradunt, ſed non mittuntur, vel ità mittuntur, ut tranſacto tempore, unde proceſſerant, inanes referantur, aut etiam nullis hujuſmodi litteris traditis pecunia ibi denique cum intereſſe repoſcitur, ubi contractus fuerat celebratus, nam inter dantes & recipientes uſque à principio ità convenerat, vel certè talis intentio erat, neque quiſquam eſt, qui in nundinis aut locis ſuprà dictis hujuſmodi litteris receptis ſolutionem faciat: cui malo ſimile etiam illud eſt, cùm pecuniæ ſive depoſiti, ſive alio nomine ficti cambii traduntur, ut poſtea eodem in loco vel alibi cum lucro reſtituantur. Sed & in ipſis cambiis quæ realia appellantur, interdum, ut ad nos præfertur, Campſores præſtitutum ſolutionis terminum lucrum ex tacita vel expreſſa conventione recepto, ſeu etiam tantummodo promiſſo, differunt. Quæ omnia nos uſuraria eſſe declaramus, & ne fiant diſtrictiùs prohibemus.

Porrò, ad tollenda quoque in cambiis, quantùm cum Deo poſſumus, occaſiones peccandi, fraudéſque fœneratorum, ſtatuimus, ne deinceps quiſquam audeat, ſive à principio, ſive alias certum & determinatum intereſſe, etiam in caſum non ſolutionis paciſci, neque realia cambia aliter, quàm pro primis nundinis, ubi illæ celebrantur, ubi verò non celebrantur, pro primis terminis, juxta receptum locorum uſum exercere, abuſu illo prorſus rejecto, cambia pro ſecundis, & deinceps nundinis, ſive terminis exercendi: curandum autem etiam in terminis, ut ratio habeatur longinquitatis, & vicinitatis locorum, in quibus ſolutio deſtinatur, nedum longiores præfigantur, quàm loca deſtinata ſolutionis deſiderant, fœnerandi detur occaſio.

Quicunque contra hanc noſtram conſtitutionem commiſerit, pœnis à Sacris Canonibus uſurariis inflictis ſe noverit ſubjacere. Eos verò, qui conſpirationes fecerint, vel congeſtam undique pecuniam ità ad ſe redegerint, ut quaſi monopolium pecuniæ facere videantur, pœnis quæ à Jure contra exercentes monopolia conſtitutæ ſunt, teneri ſancimus. Volumus autem, &c.] Eſt edita Anno 1571. Putat autem Leſſius cap. 23. dub. 11. & Salas dub. 26. hanc Bullam paucis in locis, & fortè nunquam, ſaltem quoad omnes conditiones, receptam eſſe.

413. In hac Bulla conditio quæ primo loco requiritur, eſt manifeſtè de Iure naturæ, quià eſt uſura, exigere aliquid ultra ſortem præcisè propter termini dilationem.

Secunda conditio eſt, ne fiat pactum de certo & determinato intereſſe, etiam in eventu quo ſors ſoluta non fuerit. Quæ conditio non eſt de Iure naturæ requiſita. Nam, ut ſuprà dictum eſt, ob periculum damni emergentis, aut lucri ceſſantis incerti, poteſt à contrahentibus certum aliquid pro incerto conſtitui ſolvendum, modò fiat intra illos terminos, ut moraliter illud periculum tanti æſtimetur. Quia tamen licentia ſic paciſcendi non caret periculo committendi fraudem in conſtituendo exceſſu, meritò improbatur à Pontifice. Non prohibetur tamen pactum de intereſſe incerto, ut per ſe patet: non enim poteſt conqueri Campſarius, ſi teneatur ſolvere

damnum, quod Campſor ex ipſius mora in ſolvendo incurrit.

414. DUBITATUR 1. Utrum, ubi Bulla eſt recepta, tale pactum ſit illicitum in conſcientia, quando paciſcentibus conſtat, ſe nullam fraudem committere, & taxationem eſſe proportionatam periculo incurrendi damnum, aut perdendi lucrum. Negant Navarrus, Valentia, Molina. Sed ex falſo principio, jam aliquoties ſuprà rejecto, quaſi hujusmodi leges fundentur in particulari præſumptione fraudis; non enim fundantur in fraude, quæ fortè abeſſe poteſt, ſed in certo periculo futurarum frequentium fraudum, ſi eſſet licitum contrahentibus tale pactum tunc quando ipſi exiſtimant, nullam ſubeſſe fraudem: excæcat enim avaritia, ut majus appareat periculum, quàm reverâ ſit.

DUBITATUR 2. An tale pactum adjectum ſit irritum, ità ut Campſor ſi quid illius intuitu acceperit, illud reſtituere teneatur. Affirmat Rebellus. Communior tamen ſententia negat. quia verba Pontificis non ſignificant irritationem. Solùm enim dicit: *ne deinceps quisquam audeat.* Ità Leſſius, Lugo, Palao, & alii. Sed Rebelli ſententia videtur intentioni Pontificis conformior, ſi conferatur hæc Bulla cum Bulla de Cenſibus, ubi pacta obnoxia uſuræ non ſolùm illicita, ſed prorſus invalida reddit, utique in odium uſuræ: quæ ratio etiam in pactis cambialibus urget: præſertim cùm Pontifex dicat in Bulla, quòd qui contraveniunt, pœnas in uſurarios latas incurrant. nec apparet ulla ratio, cur minore rigore voluerit uti contra uſurarios Campſores.

415. Tertia conditio requiſita eſt, ne cambia realia aliter, quàm ad proximas nundinas, ubi nundinæ ſunt, ubi verò non ſunt, ad terminos primos juxta receptum locorum uſum exerceantur. Quæ conditio intelligenda eſt de proximis nundinis, ità tamen adhuc diſtantibus, ut ſufficiat tempus ad expediendas litteras neceſſarias ad ſolutionem præſtandam. alioquin non illæ nundinæ, ſed illis proximæ eſſent intelligendæ.

416. DUBITATUR tamen 1. An poſſit abſque Bullæ transgreſſione Campſor dare ad cambium ad remotiores nundinas, dummodo non plus exigeret pro lucro, quàm quod exigere poſſet ad proximas nundinas. Affirmant Molina, Navarrus, Leſſius, Salas, Palao, & alii. Quia in tali extenſione termini ſolutionis, potiùs fieret beneficium Campſario, quàm ut eſſet periculum uſuræ. Nihilominus Rebellus, & Lugo ſubtiliùs diſtinguunt, nempe quando lucrum eſt à lege taxatum, tunc affirmant id licere: quia ſic non eſt ullum periculum uſuræ. Si verò non eſt taxatum à lege, ſed relinquitur taxandum ipſis campſoribus, tunc Lugo iterum diſtinguit. ſi enim campſor differens ad remotiores nundinas plus non exigat, quàm quod ab aliis exigi ſolet, & facilè obtineri ad proximas nundinas, tunc licebit, ſecùs non licebit, quia ſubeſt periculum aliquid ampliùs petendi intuitu ſolius dilationis, quod eſt uſurarium.

417. Occaſione hujus reſolvit P. Molina caſum ſibi propoſitum à campſore timoratæ conſcientiæ. Scias (Inquiebat Campſor) inſtrumentum quo mercatores negotiamur, ac lucramur, eſſe pecuniam, & quò plus pecuniæ habemus, eò nos plus negotiari ac lucrari. Hinc efficitur, ut quò plus diſtant proximæ nundinæ ad aliquem locum, eò plures mercatores, & majori cum incremento accipiant cambia ad nundinas ejus loci, & ut, quò minùs diſtant, eò pauciores mercatores, minorique cum incremento cambia ad eum locum velint: quare ſi nundinæ à principio diſtent per quatuor menſes, tunc regulariter forum cambii ad eas nundinas auctius eſt, quàm elapſo uno menſe, & auctius elapſo uno ſolo menſe, quàm ſi duo ſint jam elapſi, & ità quò minus eſt tempus ad eas nundinas, eò regulariter minori cum incremento datur, & accipitur cambium in communi eorum foro: quod non aliundè ortum habet, niſi quia, quò plus differtur ſolutio cambii, eò plus incrementi datur, & accipitur pro cambio, propter majus mercatorum lucrum, ex ea dilatione, & quò minùs differtur ſolutio, eò minus datur, propter minus mercatorum lucrum. Eritne fas, quando plus diſtant proximæ nundinæ, accipere totum id incrementi, quod tunc habet commune forum cambii? an verò abſtinendum erit ab illo incremento tanquam ab uſura, utpote accepto pro longiore dilatione ſolutionis? Quod ſi abſtinendum eſt, ſanè nullus erit, qui concedere tunc velit cambium. Si autem timorati abſtineant ab eo cambio concedendo, tunc ſoli parùm timorati eâ viâ lucrabuntur. Et, cùm eò plùs accreſcat cambii incrementum, quò pauciores ſunt, qui ad cambium dent, & plures qui cambium exigant, id non ſolùm cedet in timoratorum detrimentum, ſed etiam in damnum Reipublicæ, eorúmque qui ad cambium petunt. Ad hunc caſum: Reſpondit P. Molina, abſtinendum non eſſe à cambio illo juxta commune tunc pretium in foro cambii ad eum locum. Copia enim tunc petentium cambium, auget pretium illud, ſi non præcisè ratione transportationis, certæ ſimul ex alio aut aliis capitibus: eſſéque illud tunc commune pretium in foro publicò cambiorum, multùm facit, ut cenſendum ſit juſtum pretium.

418. DUBITATUR 2. Utrum hoc procedat etiam in cambio, quo campſarius prior dat pecunias, ut eas recipiat in remotioribus nundinis, an inquam, & hæc dilatio ſit prohibita. ℞. Negativè. quia non prolongatur terminus amore lucri uſurarii, prohibitio autem ſolùm fit ad impediendum hujusmodi lucrum uſurarium. Simili modo probabiliter docens aliqui, non fore contra ſecundam conditionem, ſi in favorem Campſarii adjiceretur pactum de intereſſe determinato taxando quantitatem, ul-

tra

ra quam non liceret aſcendere, aut plus exigere, etiamſi poſtea deprehenderetur damnum fuiſſe majus. Ratio eſt, quia, ut notavit Scortia Theorem. 309. hoc non eſt determinare ſolvendum, ſed, determinare non ſolvendum in favorem Campſarii, & ità cenſuit etiam Congregatio.

419. DUBITATUR 3. Quomodo ſint intelligenda illa verba Bullæ: *in terminis rationem habendam longinquitatis, & vicinitatis locorum, in quibus ſolutio deſtinatur.* P. Azor intellexit hæc verba *c. 9. quæſ.* 3. quaſi velit Pontifex, eſſe taxandum majus, vel minus lucrum & pretium cambii, pro ratione majoris vel minoris longinqoitatis. Et hinc rejicit modum cambiendi, (quem dicit eſſe frequentem) quando Titius dat Caio Genuæ 100. aureos, ut ſolvat alio loco, ubi nullæ celebrantur nundinæ, eo pacto, ut totidem aureos cum tanto lucro ibi ſolvat ad tres menſes, cum quanto lucro totidem aurei ſolverentur ad primas nundinas in loco conſueto. Rejicit, inquam, quia ſi locus in quo eſt pecunia ſolvenda, non tam longè abeſt, quàm locus ubi proximæ nundinæ fiunt, non poteſt tantùm lucri exigi, quantum ex cambio cujus pecuniæ ſolverentur in loco nundinarum. & hoc propter verba Bullæ relata. Sed reverâ eſt alius ſenſus illorum verborum, ut benè declarat Lugo imprimis ex ipſo texto: non enim dixit Pontifex, *habendam eſſe rationem longinquitatis & vicinitatis* in lucro, vel pretio cambii: ſed: *in terminis* aſſignandis ſolutioni faciendæ, ob hanc rationem: *ne dum longiores præfiguntur, quàm loca deſtinatæ ſolutionis deſiderant, fænerandi detur occaſio.* Ergo diſtantia loci ad hoc eſt conſideranda ex intentione horum verborum Bullæ, ut terminus competens ſit ad ſolutionem exequendam. Probatur idipſum ratione. Quia pretium non ſemper taxatur ex majore vel minore diſtantia loci: ſæpè enim eſt facilior virtualis trajectio virtualis pecuniæ ex loco diſtante, cum quo eſt frequens commercium, quàm ex loco minùs diſtante, cum quo nullum eſt commercium: & per conſequens minus erit pretium cambii ad illum remotiorem, quàm ad propinquiorem locum.

CONTROVERSIA VIII.

Circa Bancarios, ſeu Nummularios.

SUMMARIUM.

Qualis ſit Negotiatio Bancariorum, & quomodo differant à Depoſitariis. 420.

Quandonam peccent graviter exponendo acceptas pecunias. 421.

An deponentes tenentur ad aliquod ſalarium. 422.

An Bancarius poſſit obligari ad aliquod propter commodum depoſitionis. 423.

420. INter perſonas cambiis operam impendentes ſunt illi, qui vocantur Bancarii, Italicè *Banchieri.* Horum negotiatio, ſeu lucrandi ſtudium eſt hujuſmodi. Recipiunt aliorum v.g. qui in nundinis negotiari cogitant, pecunias quaſi in Depoſitum ſeu cuſtodiam; ad quod munus exercendum admittuntur à Republica, datis priùs fidejuſſoribus idoneis, aut aliâ cautione legitimâ. Non ſunt tamen propriè dicti Depoſitarii, nam res depoſita, ſi ſine culpa Depoſitarii perit, periculo deponentis perit: at verò pecunia apud Bancarios depoſita, perit damno Bancarii. Cæterùm, ſicut Depoſitarii tenentur reddere deponenti, quandocunque popoſcerit. Interea tamen, antequam repetatur, cum illa pecunia negotiantur, dando ad cambium, vel alio modo. Porrò, ſunt obligati ſolvere illis, quibus ſolvi volunt deponentes, unde conficiunt rationes dati, & accepti. Iſti Bancarii in quibusdam locis tantum lucrum habent, præcisè ex poteſtate negotiandi cum pecuniis depoſitis, ut pro ſuo labore prædicto nihil penitus exigant, imò beneficii loco habeant, pecunias apud ſe deponi. Differunt inſuper in eo à Depoſitariis, quòd fiant veri Domini pecuniæ depoſitæ, & ideo meliùs dicuntur Mutuatarii precarii, hoc eſt, obligati refundere eandem quantitatem, cùm deponens petierit.

421. Circa hos Bancarios advertunt Theologi, illos peccare graviter, ſi pecuniam depoſitam ad ſuas negotiationes exponant cum propinquo periculo non habendi ſuo tempore, quando ſcilicet à deponentibus exigetur, unde ſatisfaciant: teneantúrque ad reſarciendum damnum emergens & lucrum ceſſans. Ratio eſt, quia agunt contra pactum, & ſuam obligationem ex juſtitia, vel certè exponunt ſe periculo proximo lædendi Ius deponentium.

422. DUBITATUR 1. An quandò ex pecuniis depoſitis lucrantur bancarii, nihilominus ob laborem præſtitum & periculum in ſe receptum, teneantur deponentes ad ſolvendum aliquod ſalarium, etiamſi bancarii non exigant. Affirmat Navarrus. Negant veriùs Molina & Lugo; quia Navarri fundamentum facilè ſolvitur: ergo non eſt, cur deponentibus fiat

ſcrupulus. Antecedens probatur ſolvendo, imò retorquendo argumentum Navarri, & eſt hoc. Qui dat alteri pecuniam mutuam, non poteſt ſine labe uſuræ plus repetere à mutuatario, quàm ſortem; atqui ſi deponens pecuniam apud bancarium (quæ depoſitio eſt mutuum, quia transfertur dominium in bancarium) poſſet repetere pecuniam; abſque ſolutione laboris & periculi, quod tamen eſt pretio æſtimabile, jam repeteret aliquid ultra ſortem: ergo committeret uſuram. Hoc, inquam, argumentum retorquetur. Si enim hæc depoſitio eſt mutuum: ergo debent in eo ſervari leges, quæ in aliis mutuis ſervantur. atqui aliis mutuatariis nihil ſolvitur à mutuante, ſeu meliùs, nihil remittitur de ſorte, ex eo capite, quòd mutuatarius in ſe recipiat periculum pecuniæ, quæ ſi perit, ipſi mutuatario perit: item quòd debeat annotare acceptum, & redditum, &c. cujus ratio eſt, quia hæc omnia fiunt non in commodum mutuantis, ſed mutuatarii. ergo cùm bancarii quærant ex talibus depoſitis pecuniis lucrum per negotiationem, & habeant gratum, pecunias apud ſe deponi, & dominium in ſe transferri, utpote ſuo commodo: non tenebitur deponens aliquid ſolvere pro labore & periculo. Ergo poteſt deponens nolle emere à bancario illum laborem, ſed habere liberam poteſtatem totum depoſitum repetendi. quodſi bancarius nolit, erunt alii qui velint.

Quodſi tamen bancarii ſpes lucrandi eſſet modica & incerta valde, & depoſitio potiùs ordinaretur in commodum deponentis, tunc locum haberet ſententia Navarri, quod etſi Lugo non exprimat, Molina tamen clarè agnoſcit, & exemplo declarat. Quando duo contrahentes reciprocè indigent. v. g. alter reductione equi in aliquem locum, & alter equi conductione in eundem locum, poteſt unuſquiſque eorum nolle celebrare contractum, niſi eum qui in commodum alterius cedit, acciperéque ea de cauſa competens pretium, eſto contractus ille habeat conjunctum ſuum aliud commodum magnum: ità in re propoſita dicendum eſt: poſſe imprimis Bancarium non aliter velle ſuſcipere pecunias aliorum in ſua taberna, niſi ſibi ſolvatur effectus cuſtodiæ illius pecuniæ, & inſuper niſi ſibi ſolvantur miniſteria alia, quæ in bonum illorum eſt præſtiturus; non obſtante, quòd depoſitum illud conjunctum habeat commodum negotiationis: ergo bancarius poterit licitè facere pactum & conventionem de ſolvendo ſibi ſalario. E contra poſſunt etiam mercatores ſeu qui pecunias deponere volunt, attento commodo bancarii nolle aliter celebrare contractum mutui, quàm illum qui in commodum mutuatarii cedit, & nolle ad quidquam teneri: ſi ergo bancarius in talem contractum conſentit, nihil illi debebit deponens. Quodſi à partibus contrahentibus non exprimeretur ſatis apertè, qualiter voluerint contrahere, cenſebuntur contraxiſſe illo modo quo ab aliis obſervari conſuevit.

423. DUBITATUR 2. An è contrario poſſit bancarius obligari ex Iuſtitia, ad ſolvendum aliquid deponenti in commodum bancarii, ultra ſortem depoſitam ob commodum depoſitionis. Nam teſte Soto hoc ſolet practicari, ut bancarius ſolvat per annum quinque pro mille. Quandoque etiam deponenti decem millia v. g. ſolet bancarius dare in ſuo banco quindecim millia ad eum effectum, ut ſi deponens conſignet aliis in eo banco uſque ad quindecim millia, bancarius illas litteras acceptet & obliget ſe ad illam ſummam ſolvendam, adeoque ad mutuò danda 5000. quæ non fuerunt depoſita. ℞. Si bancarius non per pactum, ſed gratitudinis titulo, vel ad alliciendum hujuſmodi honorarium offerret, utique poſſet acceptari: ex pacto tamen mutui dati non poteſt, niſi interveniat damnum emergens, aut lucrum ceſſans, aut horum periculum probabile tanti æſtimetur. neque Sotus videtur plus voluiſſe q. 11. a. ult. quod ſi plus voluit, non eſt audiendus, reverà enim eſt uſura, & quidem ex eo etiam magis, quòd alii mutuantes nihil poſſint accipere ultra ſortem, cùm tamen non poſſint ad libitum repetere à mutuatario, ſicut poteſt deponens à bancario. Benè tamen obſervat Lugo, quòd poſſet depoſitioni adjungi contractûs ſocietatis, dando pecuniam ad negotiandum, & ſecundùm ſpem lucri proportionaliter & bonâ fide aliquid certi in pactum deducere.

CONTROVERSIA IX.

Reſidua dubia de Cambiis.

SUMMARIUM.

An poſſit Campſor addere pactum de faciendo recambio. 424.

An in Recambio licito poſſit aut debeat lucrum primi Cambii augere capitale reſpectu recambii. 425.

An teneatur Campſor ſolutionem ſortis acceptare, non ſoluto Cambiorum intereſſe. 426.

Conſideratio Lugonis circa ſolutionem ſortis ante intereſſe. 427.

Quid cenſendum de conſuetudine mercatorum, quâ ſingulis centenariis ſcutis debetur tertia pars ſcuti ſecundùm monetam de qua ſolvitur cambium. 428.

Cur operariis ſolvatur merces æqualis pro laboribus inæqualibus. 429.

An peccet Campſor negans alicui cambium ad locum vicinum, ut inducat ad locum remotiorem cum majori lucro. 430.

424. DUBITATUR 1. An poſſit campſor ultra juſtum pretium cambii de-du-

ducere in pactum, ut caſu quo campſarius debito loco & tempore non ſolverit, teneatur eandem ſummam ad recambium hujuſque novum lucrum accipere.

Affirmat Diana Reſol. 5. citans Scortiam *in Bull. Pont. Epit. 107. Theor. 289.* Rectiùs tamen Filliucius, Leſſius, Salas, Lugo, negant hoc licere, niſi per tale pactum compenſetur aliquod damnum emergens aut lucrum ceſſans. Et Lugo ad longum oſtendit, Scortiæ mentem non eſſe diverſam à noſtra ſententia. videtúrque res eſſe clara, quia ut ex ſuprà dictis conſtat, non poteſt campſor ultra ſuum capitale & pretium cambii aliquid amplius gravans campſarium eligere: ergo nec in pactum deducere, ità ut hæc obligatio ſit pars pretii prioris cambii: Quodſi ſe campſarius ſponte ad hoc obligaret, ut ſic faciliùs cambium obtineret, non eſt, cur non poſſet à campſore acceptari.

425. DUBITATUR 2. Utrum in recambio licito poſſit aut debeat lucrum primi cambii augere capitale, ità ut illi etiam pars lucri ea recambio ſolvendi reſpondeat. Aliqui negant, aliqui affirmant: quos conciliat Lugo n. 123. hoc modo. Aliquando ea pacto præcedente lucra cambii & proviſiones non debentur niſi finito toto cambio, & extincto toto debito, & tunc non poſſunt illa lucra intermedia in ſortem adjici ad recambium, cùm nondum eorum ſolutio debeatur. Quando verò lucra & proviſiones debentur in fine primi cambii, verius eſt, quòd poſſint ad recambium dari, ſicut & ipſum capitale, quia jam tunc hæc non minùs ſolvenda erant quàm capitale: quare poteſt ſecundum cambium iniri, cujus capitale hæc omnia complectatur, ſi campſarius ità velit. Poterit etiam ab initio id in pactum deduci ſicut de capitali, ſi id fiat titulo lucri ceſſantis, vel damni emergentis.

426. DUBITATUR 3. An teneatur campſor ſolutionem ſortis acceptare, non ſoluto cambiorum intereſſe. Affirmativam docuerunt aliqui innominati apud Salas dub. 23. Communis aliorum doctrina eſt negativa (excepto Lugone, ut jam referam) quam ſententiam etiam tenet Caſtro Palao puncto 13. ſed notandus eſt ibi error: nam in Summario ſic habet. *Affirmativè reſpondetur.* & tamen poſtea in ipſo corpore reſpondet negativè. Auctores alios refert Diana reſol. 22. dicens, hanc eſſe conſuetudinem campſorum, & juſtam, quia fundatur in *l. 1. C. de ſolut. & lege 21. C. de Vſuris.* in quibus habetur, quòd quando duo ſunt debita ſubordinata, ità ut unum oriatur ex alio, tanquam ea radice, priùs ſolvendi ſint fructus, quàm radix. atque ità priùs ſolvendi ſint reditus censûs alicuius, quàm cenſus ipſe redimatur, priùs etiam pro uſuris, quàm pro ſorte. Leges has retuli jam ſuprà *de Mutuo*, ſed iterum ſunt exhibendæ ob ea quæ dicenda ſunt. Prior lex ſic habet: [In poteſtate ejus eſt, qui ex pluribus contractibus debet, tempora ſolutionis exprimere, in quã cauſam reddat. Quodſi debitor id non fecit, convertitur electio ad eum, qui accepit: ſi neuter voluntatem ſuam expreſſit, priùs in uſuras, quod ſolvitur, deinde in ſortem accepto fertur. Secunda ſic. Si uſuras præſtare pignore dato convenerat, & in continenti numeratione facta poſtea, vel antè, propter quod debitum ſolutionem feceras, non deſignati. habuit creditor in uſuras tibi accepto ferendæ ſolutæ quantitatis facultatem.] Ego non aſſequor, quâ ratione ex his legibus poſſit inferri intentum communis ſententiæ, niſi fortè per argumentum à contrario ſenſu: nempe quia in his legibus datur poteſtas eligendi debitori tunc, quando debita habet diverſa ex diverſis cauſis: ergo quando non ſunt cauſæ diverſæ, non habet talem electionem, ſed potiùs creditor habebit.

427. Card. de Lugo ait, ſe non videre, loquendo ex natura rei, & ſecluſo pacto implicito, vel explicito contrahentium, cur non poſſet debitor ſolvere pro ſorte antequam ſolvat intereſſe. Et imprimis, inquit, leges adductæ expreſſè loquuntur in caſu, quo debitor non explicuit ſuam intentionem circa unum, vel alterum debitum extinguendum. Vnde potiùs à contrario ſenſu indicare videntur, aliter dicendum eſſe, ſi debitor ſuam intentionem explicâſſet ſolvendi pro ſorte, & non pro fructibus vel uſuris: priùs enim generalem regulam ſtatuunt, quod debitor eligere poteſt debitum, quod ſolvit: poſtea verò addunt: ſi nihil explicuit, intelligi ſolutum pro fructibus, & non pro ſorte. Hactenus Lugo. Sed non videtur advertiſſe, quòd leges ſtatuentes hanc regulam, loquantur expreſsè, quando debita ſunt diverſa ex diverſis contractibus: atqui ſors & intereſſe cambii ex eodem contractu debentur: unde AA. argumentum ducunt à contrario ſenſu pro ſe.

Deinde (pergit Lugo) etiamſi in cenſibus, & ſimilibus non poſſit debitor cogere creditorem ad acceptandam ſolutionem pro capitali non ſolutis fructibus, vel reditibus decurſis, non deberet idem dici in Cambii ſolutione. Pro quo

Advertit, aliam eſſe regulam generalem, quando debitor duo debita eidem creditori debet, quorum unius terminus advenit ſolutioni, & non alterius, ſolutionem intelligi factam primi debiti, non ſecundi, ut conſtat ea lege *cæterum. 3. ff. de ſolutionibus.* quæ tamen lex ut intelligatur, debent illi adjungi duæ leges præcedentes, & ſic habent. *Permittitur ergo creditori conſtituere id quod velit ſolutum: dummodo ſic conſtituamus, ut in re ſua conſtitueret, ſed conſtituere in re præſenti, hoc eſt, ſtatim ac ſolutum eſt. l. 2. Dum in re agenda hoc fiat, ut vel creditori liberum ſit non accipere, vel debitori non dare, ſi alio nomine exſolutum*

quis

quis eorum velit. l. 3. *Ceterùm, poſtea non permittitur. Hæc res efficiet, ut in duriorem cauſam ſemper videatur ſibi debere accepto ferre, itá enim & in ſuo conſtitueret nomine. Quodſi forté à neutro dictum ſit, in his quidem nominibus, quæ diem vel conditionem habuerunt, id videtur ſolutum, cujus dies venit.*

Pergit Lugo. [Ratio autem eſſe poteſt, quia id quod debetur in diem futurum, vel ſub conditione adhuc non impleta, nondum videtur completè deberi: quare creditor cogere poteſt debitorem ad ſolvendum id quod jam debet, antequam alias expenſas liberas faciat: nullam enim habet excuſationem non ſolvendi quod debet ille, qui liberè vult pecunias ſuas in rebus non neceſſariis inſumere. Unde qui cenſum redimibilem v. g. vult extinguere, cogi poteſt ad ſolvendos reditus decurſos quos jam debet, antequam cenſum extinguat, quæ extinctio non eſt ullo modo debita, ſed libera: idemque dici poſſet de eo, qui ſub uſuris licitis mutuum accepit, non aſſignato termino ſolvendæ ſortis, vel ſaltem nondum adveniente tali termino. tunc enim debet quidem ſolvere uſuras, quæ jam ſunt debitæ, antequam ſolvat ſortem, quam adhuc non debet. At verò in cambio aliter dicendum eſſet, ſi in quo idem terminus ſtatuitur ex contractu reddendi capitale, & lucrum in loco & tempore deſignato: quare adveniente termino ſolutionis cambii, & reddendi Placentiæ pecuniam Romæ acceptam, non minus debet jam campſarius capitale, quàm lucrum: & ideo ut ſolvat capitale debitum & cambium primum compleatur, accipit Placentiæ pecunias ad ſecundum cambium. NB. Poteſt ergo debitor ſolvere ibi primò capitale quod jam debet, & manere debitor lucri.] Ità Lugo, cujus ultimam conſequentiam non aſſequor. Non inquam eſt bona hæc conſequentia. Debitor poteſt cogi ad ſolvendum prius debitum jam ceſſum, quàm debitum non ceſſum: ergo quando utrumque debitum eſt ceſſum, non poteſt cogi ad ſolvendum utrumque, ſed eſt illi liberum unum ſolvere, & manere debitorem alterius. Nego conſequentiam, & potiùs cum communi ſententia infero: ergo poteſt cogi ad ſolvendum utrumque, vel certè eſt liberum creditori repudiare ſolutionem unius ſine altero.

Cùm ergo ipſe Lugo fateatur, campſarium jam teneri ad capitale & ad intereſſe ſeu lucrum, vera eſt communis ſententia, non teneri campſorem acceptare ſolutionem capitalis ſine ſolutione lucri. & eſt ſanè hoc æquiſſimum, quia facilius eſt in judicio conſequi utrumque tanquam unum adæquatum debitum ex uno contractu, quàm, ſi ex parte ſit facta ſolutio, conſequi deinde intereſſe ſeorſim, quod ipſe Lugo in terminis fatetur n. 106.

428. DUBITATUR 4. Quid cenſendum de conſuetudine inveterata & immemorabili (teſte Bonſignio c. 7.) mercatorum, quâ pro ſingulis centenariis ſcutis debetur tertia pars ſcuti ſecundùm monetam de qua ſolvitur cambium: & hunc uſum ait Scaccia §. 3. quil. 3. n. 11. ſervari in Italia, & ſervandum eſſe apud omnes, qui contrahunt in nundinis quas Genuenſes celebrant in civitate Placentiæ: quam quæſtionem tractat Diana Reſol. 7. Eſſe juſtum affirmant apud eundem aliqui ex eo fundamento, quia in taxanda juſtitia & quantitate hujuſmodi lucrorum & proviſione, meritò pro regula habetur communis Mercatorum uſus, qui per longam experientiam edocentur, quantùm neceſſe ſit exigere, ut in republica ſemper haberi poſſint & habeantur, qui munus cambii exerceant.

Contrarium tamen tenent alii, quos ſequitur Malderus: qui tenent non poſſe æqualem quantitatem exigi in recambiis, quæ in primo cambio, ob majorem facilitatem recambiendi. Ad hoc tamen commodè reſpondet P. Diana, conſuetudinem, habentem vim legis circa proviſiones cambiorum, non conſideraſſe magnitudinem ſeu parvitatem laboris in unoquoque genere cambii, & in caſibus particularibus, ſed in univerſum, (prout in ſimili etiam reſpondit Navar. cons. 31. de uſuris) & ideo conſtituiſſe pretium pro quovis labore in genere. Deinde licèt campſores in recambiis non ità laborent ut in cambiis realibus, tamen ipſi laborare vellent in dictis cambiis realibus & ſumere proviſiones, & de facto laborarent, ſi Campſarii ſolverent pecuniam, ut opus non eſſet recambio: nam illam darent ad cambia realia, ex quibus proviſiones ſumerent. ergo etiam in recambiis proviſiones integræ illis debentur, quia ex culpa Campſariorum provenit, ut Campſores in cambiis realibus dictas proviſiones integras non recipiant: nam ſi ſtatuto tempore pecuniam ſolverent, illam ad cambium reale alteri darent, & inde proviſionem acciperent. Vno verbo, accipiunt eas integras titulo lucri ceſſantis. Vnde Leſſius n. 84. Salas dub. 22. n. 3. & alii abſolutè docent, in continuationibus cambiorum poſſe Campſores ſumere conſuetas proviſiones ratione lucri ceſſantis.

Porrò, ob eandem rationem, ſicut non obſtat inæqualitas laborum, ità non obſtat inæqualitas periculorum: nam ut benè diſcutit Scaccia l. c. n. 12. Lex conſcientiæ debet eſſe de re moraliter poſſibili, ſed eſt impoſſibile cognoſcere minutatim qualitates & quantitates periculi, tum quia periculum eſt in incerto eventu rei, & ideo poteſt contingere, ut ubi majus appareat, evaneſcat, & ubi minus, ibi ſuccedat: tum quia circa rerum eventus varias habent opiniones, & inæquali tenentur timore. Quare ſi lex poſitiva, vel conſuetudo (ut eſt caſu noſtro inveterata, & immemorabilis) unum æquale ſtatuerit pretium,

illud

Digitized by Google

illud erit tutum etiam in foro interiori, aliàs magna conſcientiarum confuſio, & perplexitas poſſet oriri.

429. Poſſet hoc declarari à ſimili. Nam videmus opificibus quibusdam, v. g. murariis, & fabris lignariis æqualem prorſus mercedem diurnam ſolvi per totam provinciam, etiamſi eorundem labores ſint ſæpè valdè inæquales, tum ex laborandi diverſitate & majori vel minori fatigatione, unde etiam inæquali indigent refectione (quam tamen ex ſua mercede procurare debent) tum ob valde magnam periculorum diverſitatem, dum ſæpè ſinè ullo periculo laborant, ſæpè tum manifeſto aliquo periculo labendi & frangendi crura & collum, & tamen nemo eorum conqueritur de mercedis æqualitate, nempe quia reipublicæ eſſet incommodum, ſi ob hujuſmodi circumſtantias eſſent variandæ mercedes in operariis quotidie neceſſariis: atqui hæc ratio etiam poteſt procedere in campſoribus.

430. DUBITATUR 5. An peccet campſor negans alicui cambium ad locum vicinum (ad quem ſolet cambium cum minore lucro dari) ut campſarium inducat & neceſſitet accipere ad locum remotiorem, ut ſic majus ſit lucrum. ℞. 1. Si campſor ex officio cambium exercet, ad hoc à republica conſtitutus, non eſt illi licitum, dummodo in loco vicino habeat campſor paratas pecunias ad ſatisfaciendum campſario, à quo pecunias priùs accepit. Ratio eſt, quia in hunc finem eſt à Repub. conſtitutus, ut per ipſum conſulatur etiam illis, qui indigent ad locum viciniorem. ℞. 2. Si campſor ſponte & voluntariè per ſe exercet cambiorum negotiationem, non peccabit contra juſtitiam. quia cùm non teneatur ad cambium, poteſt illud omnino negare. Ergo etiam nolle niſi ad certum locum ſibi gratum dare.

CAPUT IV.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

De hoc Contractu in utroque Iure agitur, & quidem in Iure Can. tit. 18. lib. 3. Decret. in Digeſtis tit. 2. lib. 19. in Codice tit. 65. lib. 4. & in Inſt. tit. 25. lib. 3. & non minùs quàm Cenſus & Cambium habet cum contractu Emptionis magnam affinitatem, quod enim in Emptione eſt merx & pretium, hoc in præſenti eſt merces, & opera, vel uſus rei. Sic enim loquitur Imperator in pr. hujus tit. [Locatio, & Conductio proxima eſt Emptioni & Venditioni, iiſdémque Iuris Regulis conſiſtit. Nam ut Emptio & Venditio ità contrahitur, ſi de pretio convenerit, ſic & Locatio & Conductio ità contrahi intelligitur, ſi merces conſtituta ſit, & competit Locatori quidem Locati actio, Conductori verò Conducti.] Quæ tamen omnia deinceps magìs declarabuntur.

CONTROVERSIA I.

Quid ſit Locatio & Conductio.

SUMMARIUM.

Locationis Conductionis definitio communis. 431.
Emendatur à P. Molina. 432.
An merces eſſet ſufficienter determinata, ſi in arbitrium tertii collata eſſet. 433.
An remiſsâ mercede vitietur & reſolvatur contractus. 434.
An ſit univerſim contra naturam Locationis, tranſlatio dominii. 435.
Quis dicatur univerſim Locator, & quis Conductor. 436. *& ſeq.*

431. Iuris Interpretes communiter ità definiunt: quòd ſit *Rei vel Operæ proteria & nummaria mercede ad uſum facta conceſſio.* Verùm, illa particula: *Nummaria*: eſt controverſa, ut videbimus. Accuratiùs eam definit Harpprecht: quod

quòd ſit: [Contractus Iuris gentium, nominatus, bonæ fidei, ſolo conſenſu initus, de rei alicuius uſu, vel fructu, vel hominis operis pro mercede certa, confeſtim definitâ, alteri ab altero concedendis:] quam definitionem reipſâ ponit Bocerus.

432. Huic definitioni objici poſſet, quòd videatur convenire Emphyteuſi. quare ad hanc excludendam addit P. Molina: *Rei immobilis ad minus tempus, quàm ad decennium, aut mobilis: quoad quodcunq; tempus.* Exiſtimo tamen, hac additione non eſſe opus: nam Emphyteuſis non conceditur pro mercede, & Canon ſolvitur potiùs in recognitionem: & transfertur dominium utile, quod in locatione non fit, & indicatur per part: *Mercedis*. Vnde etiam non placet, quòd P. Molina, Leſſius, & Lugo, loco *Mercedis* ponant *Pretium*, quod propriè emptioni convenit, quando res reſpondens pretio transferenda eſt quoad dominium, quod non fit in re mercedi reſpondente.

Dicitur 1. Contractus *Iuris gentium*, ut habetur l. 5. ff. d. I. & I. *Ex hoc Iure gentium emptiones, Venditiones, Locationes, Conductiones, &c.* & *l. 1. ff. h. t. Locatio & Conductio cùm naturalis ſit, & omnium gentium, non verbis, ſed conſenſu contrahitur, ſicut emptio venditio.*

Quòd ſit *Nominatus* & *Bonæ fidei*, conſtat ex §. 28. *Inſt. de act.* ſæpiùs jam adducto. Quòd ſolo conſenſu, hoc eſt, abſque traditione, aut litteris, aut certâ verborum formâ celebretur, conſtat ex Iuribus adductis ſuprà.

Per hoc quòd intercedere debeat Merces, diſtinguitur Locatio à Commodato & Precario, ubi res gratis conceditur ad uſum. *l. 5. §. 12. ff. Commodati.* [Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dediſti. non repignoras, ut mihi reddas. Labeo ait, Commodati actionem locum habere, quod ego puto verum eſſe, niſi NB. merces intervenit, tunc enim vel in factum, vel ex locato conducto agendum erit.]

Quòd merces debeat eſſe definita, & determinata, habetur in §. 1. *Inſt. h. t.* & per hoc differt à Contractu innominato, ex quo actio *præſcriptis verbis* datur. ibi. *Qua de cauſa ſi fulloni poliendo, curandave, ac Sarcinatori ſarcienda veſtimenta quis dederit, nullâ ſtatim mercede conſtitutâ, ſed poſtea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non propriè* Locatio Conductio *contrahi intelligitur, ſed eo nomine actio* præſcriptis verbis *datur.*

433. Quæres 1. An ſufficienter eſſet determinata & definita merces, ſi in arbitrium tertii determinatio collata eſſet. ℞. Sicut in Emptione, ſi ille tertius determinet, erit Locatio, ſi non determinet, non erit, ut dicitur in eodem §. 1. & clariùs *l. 25. pr. ff. h. t.* [Si merces promiſſa ſit generaliter alieno arbitrio, Locatio Conductio contrahi non videtur, ſin autem, quanti Titius æſtimaverit, ſub hac conditione ſtare Locationem, ut ſi quidem ipſe, qui nominatus eſt, mercedem definierit, omnimodo ſecundùm ejus æſtimationem, & mercedem perſolvi oporteat, & conductionem ad effectum pervenire: ſin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo eſſe conductionem, quaſi nullâ mercede ſtatutâ.]

Objici poſſet ex lege 3. *C. de dotis promiſſ.* ubi non obſtante, quod promiſſio dotis ſit incerta, tamen ſuſtinetur. [Si cùm ea quæ tibi matrimonio copulata eſt, nuberet is cujus meminiſti, dotem tibi non additâ quãtitate, ſed quodcunq; arbitratus fuiſſet, pro ea daturum ſe ritè promiſit, & interpoſitæ ſtipulationis fidem non exhibet, competentibus actionibus uſus ad repromiſſi emolumentum Iure judiciorum pervenies.] ℞. Favore dotium hoc ſtatutum eſſe. Deinde, etiamſi Conductio illa in ratione Conductionis non ſuſtineatur, ſuſtinetur tamen in ratione contractûs innominati, & parit actionem *præſcriptis verbis*.

434. Quæres 2. An ſi poſt celebratum Contractum Locationis Conductionis, & conſtitutam mercedem, deinde merces à Locatore remittatur, reſolvatur, & vitietur Contractus. ℞. Negativè. *l. 5. ff. h. t. Si tibi habitationem locavero, mox penſionem remiſero, ex locato conducto agendum erit.*

Objicies. Quandocunque tollitur aliquod ſubſtantiale alicujus rei, res ipſa tollitur. atqui ſecundùm omnes Interpretes tria ſunt ſubſtantialia hujus contractûs, nempe conſenſus, merces, & uſus vel opera. Ergo ſublatâ per remiſſionem mercede, tollitur ipſe contractus. ℞. Illud vulgatum Interpretum non eſſe accipiendum ſecundùm corticem verborum, ſed ſenſum eſſe, quòd conſenſus debeat in illa duo velut extrema terminari & tendere. hoc autem factum eſt, dum celebrabatur contractus, eſto poſtmodum remittatur, nam minùs requiritur ad conſervari, quàm ad produci.

435. Quæres. 3. An univerſim ſit contra naturam hujus contractûs, transferri dominium rei locatæ in conductorem. Reſpondent Iuriſconſulti, & ſpecialiter Hunnius, ab hac regula generali excipi unum caſum legis 31. *ff. locati conducti*, quo nempe res fungibilis locando ità alicui traditur, ut in ea quid fiat, veluti cùm aurum datur fabro, ut vaſa vel annulum vel aliud quidpiam faceret, hoc quippe caſu tacitè id actum videtur, ut non idem aurum in ſpecie, ſed tantundem ejuſdémque bonitatis & qualitatis aliud reſtitueretur, atque ità auri dominium in accipientem tranſiret. Etiamſi autem hujuſmodi conventio notiſſimos locationis terminos excedat, atque à natura locationis conductionis, quæ hæc eſt, ut eadem res in ſpecie reſtituatur, aliquatenus recedat, non tamen propterea deſinit eſſe locatio conductio, & incipit eſſe mutuum, nam *arg. leg.* 24. *ff. Depoſiti.* etiam hoc eſt genus rerum locatarum, quod

quod tacitè convenit, ut tantundem reddatur. Ità Hunnius.

Ego tamen exiſtimo, in tali caſu duos contractus intervenire, nempe contractum locationis, quia aurifaber locat operam pro mercede, & contractum mutui, dum accipit aurum, ut ex eo poſſit annulos elaborare: & hoc dicitur in lege 31. ff. h. t. ibi. reſpondit (Alfenus I C.) [rerum locatarum duo genera eſſe: ut aut idem redderetur, velut cum argentum puſillatum fabro daretur, ut vaſa fierent, aut aurum ut annuli: ex ſuperiore cauſa rem domini manere, ex poſteriore NB. in creditum iri. Verùm hujus occaſione,

436. Quæres 4. Quis univerſim dicatur Locator, & quis Conductor. Et quidem quando res aliqua ad uſum locatur, v. g. domus, omnes conveniunt, illum dici Locatorem, qui mercedem accipit, illum verò conductorem, qui eam ſolvit. Quando verò opera locatur, eſt inter Iuriſtas diſſenſio, nam dupliciter opera locatur, aliquando enim qui operam locat, nihil accipit ab altero in quo conficiendo operam præſtet, v. g. quando laborat in vinea, &c. aliquando accipit ab altero aliquid, v. g. aurum, ut ex eo faciat poculum, & tunc eſt diſſenſio uter dicendus ſit Locator, quia jura diverſimodè loquuntur. Cujacius Locatorem definit, quòd ſit is qui dat faciendum aliquid: conductorem verò qui accipit faciendum. Eodem ferè modo loquitur Caſp. Manzius n. 13. pr. J. h. t. [Si verò, inquit, non de operis, ſed de opere loquamur, tunc is dicitur locare opus, qui dat mercedem, is verò condocere opus, qui eam accipit, utcùm, v. g. Architectus certam pecuniæ ſummam accipit, ut domum exſtruat.]

Hanc ſententiam rejicit Hunnius tum in *Reſol. th.* 1. *Treutl.* tum in ſuis variis reſolut. q. 1. (ubi iiſdem formalibus verbis totam quæſtionem repetit, & tamen dum vult Cujacium impugnare, dicit ipſiſſimam Cujacii ſententiam, ut legenti patet) Itaque Hunnius, conformiter illis quæ dixi paulò antè, ſupponit contra Cujacium, quòd artifex dicatur operas ſuas locare, is verò cui operæ præſtantur, dicatur eas conducere, cùm tamen artifex ſuſcipiat quid faciendum. & hoc colligitur ex pluribus legibus ff. hujus tit. l. 19. §. 9. l. 22. §. 2. & alibi paſſim. Citat Hunnius pro ſe Bocerum, nullo adducto loco. cæterùm, habet id Bocerus in th. t. de loc. & cond. Itaque Bocerus, Harpprecht, & Hunnius illum volunt dicendum Locatorem, qui inchoat contractum, & ſe alii priùs ultrò obtulit: conductorem, cui quid faciendum aliquis ultrò obtulit, & qui ſuſcipit placitum offerentis. Fundant ſe in eo, quòd non ſolùm textus juris, ſed & inſcriptio & conceptio tituli Digeſtorum Codicis & Inſt. ſatis oſtendant, quòd in locatione operarum ſemper cauſam det contractui, ſeq; primùm offerat locator, nam locati & locationis nomina ſemper præponuntur. conducti verò & conductionis poſtponuntur. Hæc tamen ratio mihi leviſſima videtur: nam inde potiùs inferre deberent, aurificem etiam tunc eſſe locatorem, quando illi præbetur aurum ut in eo laboret, nam & ille ſe priùs offert non minùs quàm alii opifices & artifices, quorum oblatio non conſiſtit in alio quàm quòd talem artem profiteantur.

437. Itaque inſiſtendum eſt communi & proprio loquendi modo, quem præter Theologos omnes & Iuriſtas pleroſque, recens obſervat Antonius Perez in h. t. C. n. 2. dicens: Igitur qui dat utendum vel fruendum interventu pretii, Locator dicitur, qui accipit, pretio dato, conductor. Itaque qui ſe obligat ad mercedem ſolvendam dicitur conductor, propriè & civiliter loquendo; ſive deinde ſubminiſtret alteri ad operam obligato materiam ſive non: nam hæc materiæ ſubminiſtratio habet ſe ad hunc contractum merè per accidens. Quia verò talis materiæ ſubminiſtrator in Iure ſæpiùs vocatur Locator, hoc potiùs grammaticaliter, quàm civiliter accipiendum eſt, quatenus locat materiam apud alium, & ideo Robertus non malè dixit, talem poſſe diverſo reſpectu dici & Locatorem & Conductorem: Locatorem quidem, quatenus quid faciendum locat; Conductorem verò quatenus operas alterius conducit. quod ipſum noviſſimè tradit Ludvvel. in text. pr. Inſt.

Dixi, in Iure talem quandoque vocari Locatorem, ſic *l.* 11. *ff. h. t.* [Qui vinum de Campania tranſportandum conduxiſſet, deinde mota à quodam controverſia ſignatum ſuo & alterius ſigillo in apothecam depoſuiſſet, ex locato tenetur, ut locatori poſſeſſionem vini ſine controverſia redderet. Sed de hac nominis quæſtione ſatis.

CONTROVERSIA II.

Vtrum Merces debeat conſiſtere in pecunia numerata, vel poſsit eſſe in re quavis fungibili.

SUMMARIUM.

AN Conductionis merces poſſit eſſe quæcunque res fungibilis. 438.
Intellectus legis 35. §. 1. ff. Locati. 439.
Intellectus legis 8. C. eod. 440.
Intellectus legis 21. C. eod. 441.
Divinatio Hunnii reprobatur. 442.
Differentiæ inter venditionem & locationem. 443.
Intellectus legis 1. §. 9. ff. depoſiti. 444.
Intellectus legis 5. §. 2. ff. de præſcriptis verbis. eod.
Intellectus §. 3. Inſt. de Locat. 445.
Quomodo leges conciliari poſſent. eod.

ESt hæc quæſtio celebris admodum apud Iuriſtas, & Theologos, nec eſt quæſtio inutilis de vocabulo, ſed conſideratur in ordine ad actiones. nam ſi ſit locatio etiam abaque pecunia numerata, dabitur actio ex locato conducto, ſin minùs, dabitur actio præſcriptis verbis.

438. Prima ſententia docet, requiri pecuniam numeratam. Hæc olim fuit valde communis ſententia, quam putat P. Molina dilucidiſſimis Iuris textibus evinci. Eandem tenet cum aliqua formidine P. Azor. abſque omni dubitatione eam ſupponit Lugo, & P. Layman. Ex Iuriſtis eam tenent Douellus, Fachineus l. 1. c. 82. Mynſinger, Giphanius, Beſoldus, Arumæus, Bachovius, & Hunnius in Treuler. & apud hos alii, qui referuntur ab Harpprecht, quibus addo Caſparum Manz. pr. I. b. t.

Secunda ſententia vult, etiam in aliis rebus fungibilibus, in pondere, menſura, & numero conſiſtentibus poſſe conſtitui rationem mercedis ad Conductionem requiſitæ. Hanc ſententiam ex Theologis (quantùm videre potui) tenet P. Rebellus q. 1. n. 13. citans pro eadem Valaſquum, Pinellum, & Pinſianum, affirmantem, eam toto orbe receptam eſſe. Iuriſtæ etiam Neoterici eam plerique ſequuntur, poſt Coraſium & jam citatos. Ità VVeſenbec. Connanus, Vulteius, Bocerus, Julius Pacius, Cuiacius, Bronchorſt, Menochius, Botcholdt, Trentlerus, aliique quos refert & ſequitur Harpprecht. quibus addo VVurmſerum, Antonium Perez, & Henric. Zæſium (quamvis hìc utatur diſtinctione non ſatis fundatâ) & Arnoldum Corvinum. in Codicem, & Ludvvel in §. 2. *J. h. t.* & noviſſimè Georgium VVidman *tr. de Contr. tit.* 12. *n.* 3. &, ut jam dixi, hæc ſententia nunc auctoritate prævaluit, ut non credam, contrariam in Iudicio obtentuiam.

439. Probatur 1. ex lege 35. §. 1. ff. h. t. *Cùm fundum communem habuimus, & inter nos convenit, &c.* poſtea in fine dicitur. *Quod ipſum ſimpliciùs ità quæremus, ſi proponatur inter duos, qui ſingulos proprios fundos haberent, conveniſſe, ut alter alterius in conductum haberet, ut fructus mercedis nomine penſarentur.* Ergo conductioni non adverſatur, fructus penſari nomine mercedis. Reſpondent AA. 1. ſententiæ, in caſu legis fuiſſe priùs conventum de mercede in pecunia numerata ſolvenda. Deinde verò fuiſſe illam compenſandi per fructus conventum. Rejicit ex ipſis AA. primæ ſententiæ Hunnius hanc reſponſionem, non ſolùm tanquam divinatoriam, ſed quæ vim inferat textui, cùm ſatis clarè pateat ex verbis, ab initio ſtatim fuiſſe ità conventum. Ipſe ergo Hunnius aliter reſpondet, in caſu adductæ legis non locationem, ſed quaſi genus locati conducti interveniſſe: pro quo adducit *legem* 1. §. 9. *ff. depoſiti.* ad quam legem poſtea reſpondebitur in relatione argumentorum pro prima ſententia. Nunc dico, eam non eſſe ad rem, quia ibi non eſt ſermo de re fungibili pro mercede data, ſed de operis ſervi.

440. Probatur 2. ex lege 8. C. h. t. [Licèt certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, ſi tamen expreſſum non eſt in locatione (ut mos Regionis poſtulabat) ut ſi quâ lue tempeſtatis, vel alio cœli vitio damna accidiſſent, ad onus tuum pertinerent, & quæ evenerunt ſterilitates, ubertate aliorum annorum repenſatæ non probabuntur: rationem tui juxta bonam fidem haberi rectè poſtulabis, eámque formam, qui ex appellatione cognoſcet, ſequetur.] Ubi per certas annuas quantitates non poteſt intelligi pecunia numerata, ſed fructus: nam in Iure nomine *quantitatis* intelliguntur res fungibiles conſiſtentes in numero, pondere & menſura. Ad hanc legem reſpondet Hunnius: etſi quantitatis nomen generale ſit, & omnes res fungibiles, atque in pondere, numero, & menſura conſiſtentes ſub ſe complectatur, ſæpius tamen *quantitatis* nomine ſolam numeratam & ſignatam pecuniam per excellentiam deſignari: quocirca in adducta lege per *quantitatem* non neceſſariò intelligendas eſſe quasvis res in pondere numero, & menſura conſiſtentes. Verùm, hæc reſponſio eſt nimis quæſita: non enim pecunia numerata uſpiam per pluraliter dictas quantitates ſignificatur in ſpecie. Et ſanè ipſe Hunnius advertit violentiam reſponſionis, dum tandem fatetur, eam eſſe adhibendam ſuppoſito, quòd ſuam ſententiam efficaciter probaverit. Ego verò miror cur non potiùs repetat ſuam reſponſionem ad præcedentem probationem datam, quòd ſermo ſit de genere locati, præſcindendo à locatione propriè & impropriè dicta? Sed nec hìc nec ibi eſt idonea reſponſio, quia hæ leges ponuntur ſub titulo *Locati.* ex quo fundamento ipſe Hunnius aliorum ſimilem reſponſionem rejicit, ut ſtatim dicetur.

441. Pro-

441. Probatur 3. ex lege 21. *C. eod.* ubi certa menſura olei pro mercede eſt conſtituta, & nihilominus locatio contracta eſſe dicitur. [Si olei certâ ponderatione fructus anni locâſti, de contractu bonâ fide habito, propter hoc ſolùm, quòd alter majorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.] Hæc lex in varias reſponſiones detorſit adverſarios. Prima reſponſio eſt Laſſarte, quam etiam amplectitur P. Molina, præceſſiſſe conventionem pro certa mercede in pecunia, ut eſſet vera locatio, & contractus bonæ fidei, neque ab illa poſſet recedi, eámque commutatam fuiſſe in illa certa pondera olei. quæ reſponſio confirmari poteſt à ſimili ex lege 39. §. 1. *ff. de contr. empt.* ubi dicitur: [Veriſimile eſt, eum, qui fructum olivæ pendentis vendidiſſet, & ſtipulatus eſt decem pondo olei quod natum eſſet: pretium conſtituiſſe ex eo quod natum eſſet, usque ad decem pondo olei.] Si tam claris Iuribus probari poſſet, ad locationem requiri pecuniam numeratam, ſicut probatur requiri ad emptionem, reſponſio hæc præ quavis alia recipienda eſſet. Verùm, an ſe res ità habeat, patebit ex dicendis.

Reſpondent alii communiùs, in illa lege eſſe ſermonem de cõtractu innominato. Sed hoc eſt ſomnium. nam ſi hoc eſſet, non debuiſſet lex illa poni ſub titulo *Locati*: ſic enim evaderet deceptoria. & ex hoc capite ipſe Hunnius rejicit hanc reſponſionem. ſed inconſequenter. nam priùs, ut vidimus, eâdem uſus eſt. Deinde in d. lege eſt ſermo de contractu, à quo recedi non poteſt, nec pœnitentiæ locus eſt: atqui à contractu innominato poteſt recedi.

442. Denique Hunnius aliâ divinatione utitur, quæ non habet opus refutatione aliâ, quàm quòd repugnet verbo *Locâſti*. & quòd hæc lex ponatur ſub titulo *Locati*. ex quo fundamento ipſe Hunnius rejecit præcedentem aliorum reſponſionem. Sed audiamus ejus inventum. [Mihi, inquit, videtur commodè dupliciter reſponderi poſſe. Primò, diſtinguendum eſſe inter locationem veram, & locationem, quæ fit pro parte fructuum fundi; quæ ad Societatis contractum accedit, ut prior vera & propria locatio aliter quàm pecuniâ numeratâ non poſſit contrahi: at hæc aliis etiam rebus in quantitate conſiſtentibus poſſit, & de hac loquatur lex illa. *Si olei*] Sed, ut dixi, repugnat hæc reſponſio verbo. *Locaſti.* & rubricæ. Nunc fundamenta primæ ſententiæ referamus.

443. Adducunt ergo pro ſe 1. textum ex Inſtitutionibus pt. hujus tituli adductum, ubi dicitur, Locationem ijsdem regulis, quibus Emptio, definiri: atqui pretium emptionis eſt neceſſario pecunia numerata. Ergo & merces locationis. Hoc tamen argumentum eſt leviſſimum: ſi enim per omnia convenirent emptio, & venditio, non eſſent duo genera contractuum, ſed unicum genus. Nemo autem ignorat, non unam, ſed innumeras eſſe differentias inter utrumque contractum, quas longo catalogo recenſet Card. Thuſcus. aliquas inde excerpam. Non omne quod vendi poteſt, hoc ipſo locari poteſt, ut patebit ex dicendis, v. g. Servitutis Ius vendi poteſt, non locari. Econtra aliqua locari poſſunt, non vendi, v. g. res prohibitæ alienari. 2. Venditio tendit ad transferendum dominiũ, non verò Locatio. 3. Res locata ſæpius tradenda eſt, ſi non poterat eſſe uſui, res empta non niſi ſemel. 4. Periculum rei emptæ ſtatim, etiam ante traditionem ad Emptorem pertinet, non ità periculum rei conductæ ad conductorem, &c. quomodo ergo ijsdem regulis ità definiuntur, ut inde inferre liceat: emptio requirit pecuniam numeratam: ergo & locatio? Intelligendus eſt ergo textus, quòd ijsdem regulis definiantur quoad modum contrahendi, nempe quòd abſolvantur ſolo conſenſu, & ſi quæ alia ſunt, nempe quòd uterque ſit bonæ fidei, & ſimilia, quæ natura utriusque contractûs ex communi uſu requirit.

444. Adducunt 2. legis 1. §. 9. *ff. depoſiti.* [Si quis ſervum cuſtodiendum conjecerit fortè in piſtrinum, ſi quidem merces intervenerit cuſtodiæ, puto eſſe actionem adversùs piſtrinatium ex conducto. Si verò mercedem accipiebam ego pro hoc ſervo, quem in piſtrinum accipiebat, ex locato me agere poſſe. Quod ſi operæ ejus ſervi cum cuſtodia compenſabantur, quaſi genus locati & conducti intervenit: ſed quia pecunia non datur, præſcriptis verbis datur actio.] Hic tamen textus me nihil movet: intentio enim Iuriſconſulti fuit, docere, quòd operæ ſervi non habeant rationem mercedis, quia nec ſunt pecuniæ, nec res fungibiles, habentes publicum valorem taxatum, ad quæ nomen *pecuniæ* in Iure ſæpè extenditur, ut omnes nôrunt. Vlpianus ergo negat fore locationem, ſi pro cuſtodia cedant operæ, quia operæ non habent rationem mercedis, cùm non veniant nomine pecuniæ, ſicut veniunt illæ res quæ functionem recipiunt, & communiter habent publicum certum valorem, cui reſpondeat pecuniæ numeratæ certa quantitas. Itaque ſciendum, quòd *Pecuniæ* nomen in Iure tripliciter ſumi ſoleat. 1. Strictè pro pecunia numerata & ſignata. 2. Latiùs pro rebus fungibilibus, in pondere, menſura, & numero conſiſtentibus, ut in *l.* 30. *pr. ff. de leg.* 1. ubi expreſsè dicitur. *Talis ſcriptura*: quas pecunias legavi, &c. *Ad corpora legata non pertinet, ſed NB. ea, quæ pondere, numero, menſurà continentur.* & hoc ſenſu dicimus accipi pecuniam in lege de qua diſputamus. 3. Latiſſimè, pro quovis corpore, vel quacunque re in noſtro patrimonio conſtituta, & jam exiſtente. quæ exceptio huc non pertinet.

Adducunt 3. legem 5. §. 2. *ff. de præſcript. verbis.* ubi dicitur. [At cùm do ut facias, ſi tale ſit factum, quod locari ſoleat, puta, ut tabulas pingas,

damnum, quod Campſor ex ipſius mora in ſolvendo incurrit.

414. DUBITATUR 1. Utrum, ubi Bulla eſt recepta, tale pactum ſit illicitum in conſcientia, quando paciſcentibus conſtat, ſe nullam fraudem committere, & taxationem eſſe proportionatam periculo incurrendi damnum, aut perdendi lucrum. Negant Navarrus, Valentia, Molina. Sed ex falſo principio, jam aliquoties ſuprà rejecto, quaſi hujuſmodi leges fundentur in particulari præſumptione fraudis; non enim fundantur in fraude, quæ fortè abeſſe poteſt, ſed in certo periculo futurarum frequentium fraudum, ſi eſſet licitum contrahentibus tale pactum tunc quando ipſi exiſtimant, nullam ſubeſſe fraudem: excæcat enim avaritia, ut majus appareat periculum, quàm reverâ ſit.

DUBITATUR 2. An tale pactum adjectum ſit irritum, ità ut Campſor ſi quid illius intuitu acceperit, illud reſtituere teneatur. Affirmat Rebellus. Communior tamen ſententia negat. quia verba Pontificia non ſignificant irritationem. Solùm enim dicit: *ne deinceps quiſquam audeat*. Ità Leſſius, Lugo, Paiao, & alii. Sed Rebelli ſententia videtur intentioni Pontificis conformior, ſi conferatur hæc Bulla cum Bulla de Cenſibus, ubi pacta obnoxia uſuræ non ſolùm illicita, ſed prorſus invalida reddit, utique in odium uſuræ: quæ ratio etiam in pactis cambialibus urget: præſertim cùm Pontifex dicat in Bulla, quòd qui contraveniunt, pœnas in uſurarios latas incurrant. nec apparet ulla ratio, cur minore rigore voluerit uti contra uſurarios Campſores.

415. Tertia conditio requiſita eſt, ne cambia realia aliter, quàm ad proximas nundinas, ubi nundinæ ſunt, ubi verò non ſunt, ad terminos primos juxta receptum locorum uſum exerceantur. Quæ conditio intelligenda eſt de proximis nundinis, ità tamen adhuc diſtantibus, ut ſufficiat tempus ad expediendas litteras neceſſarias ad ſolutionem præſtandam. alioquin non illæ nundinæ, ſed illis proximæ eſſent intelligendæ.

416. DUBITATUR tamen 1. An poſſit abſque Bullæ tranſgreſſione Campſor dare ad cambium ad remotiores nundinas, dummodo non plus exigeret pro lucro, quàm quod exigere poſſet ad proximas nundinas. Affirmant Molina, Navarrus, Leſſius, Salas, Paiao, & alii. Quia in tali extenſione termini ſolutionis, potiùs fieret beneficium Campſario, quàm ut eſſet periculum uſuræ. Nihilominus Rebellus, & Lugo ſubtiliùs diſtinguunt, nempe quando lucrum eſt à lege taxatum, tunc affirmant id licere: quia ſic non eſt ullum periculum uſuræ. Si verò non eſt taxatum à lege, ſed relinquitur taxandum ipſis campſoribus, tunc Lugo iterum diſtinguit. ſi enim campſor differens ad remotiores nundinas plus non exigat, quàm quod ab aliis exigi ſolet, & facilè obtineri ad proximas nundinas, tunc licebit, ſecùs non licebit, quia ſubeſt periculum aliquid ampliùs petendi intuitu ſolius dilationis: quod eſt uſurarium.

417. Occaſione hujus reſolvit P. Molina caſum ſibi propoſitum à campſore timoratæ conſcientiæ. Scias (inquiebat Campſor) inſtrumentum quo mercatores negotiamur, ac lucramur, eſſe pecuniam, & quò plus pecuniæ habemus, eò nos plus negotiari ac lucrari. Hinc efficitur, ut quò plus diſtant proximæ nundinæ ad aliquem locum, eò plures mercatores, & majori cum incremento accipiant cambia ad nundinas ejus loci, & ut, quò minùs diſtant, eò pauciores mercatores, minorique cum incremento cambia ad eum locum velint: quare ſi nundinæ à principio diſtent per quatuor menſes, tunc regulariter forum cambii ad eas nundinas auctius eſt, quàm elapſo uno menſe, & auctius elapſo uno ſolo menſe, quàm ſi duo ſint jam elapſi, & ità quò minus eſt tempus ad eas nundinas, eò regulariter minori cum incremento datur, & accipitur cambium in communi eorum foro: quod non aliundè ortum habet, niſi quia, quò plus differtur ſolutio cambii, eò plus incrementi datur, & accipitur pro cambio, propter majus mercatorum lucrum, ex ea dilatione, & quò minùs differtur ſolutio, eò minus datur, propter minus mercatorum lucrum. Eritne fas, quando plus diſtant proximæ nundinæ, accipere totum id incrementi, quod tunc habet commune forum cambii? an verò abſtinendum erit ab illo incremento tanquam ab uſura, utpote accepto pro longiore dilatione ſolutionis? Quod ſi abſtinendum eſt, ſanè nullus erit, qui concedere tunc velit cambium. Si autem timorati abſtineant ab eo cambio concedendo, tunc ſoli parùm timorati eâ viâ lucrabuntur. Et, cùm eò plùs accreſcat cambii incrementum, quò pauciores ſunt, qui ad cambium dent, & plures qui cambium exigant, id non ſolùm cedet in timoratorum detrimentum, ſed etiam in damnum Reipublicæ, eorúmque qui ad cambium petunt. Ad hunc caſum: Reſpondit P. Molina, abſtinendum non eſſe à cambio illo juxta commune tunc pretium in foro cambii ad eum locum. Copia enim tunc petentium cambium, auget pretium illud, ſi non præciſè ratione tranſportationis, certè ſimul ex alio aut aliis capitibus: eſſéque illud tunc commune pretium in foro publicò cambiorum, multùm facit, ut cenſendum ſit juſtum pretium.

418. DUBITATUR 2. Utrum hoc procedat etiam in cambio, quo campſarius prior dat pecunias, ut eas recipiat in remotioribus nundinis, an inquam, & hæc dilatio ſit prohibita. ℞. Negativè. quia non prolongatur terminus amore lucri uſurarii, prohibitio autem ſolùm fit ad impediendum hujuſmodi lucrum uſurarium. Simili modo probabiliter docent aliqui, non fore contra ſecundam conditionem, ſi in favorem Campſarii adjiceretur pactum de intereſſe determinato taxando quantitatem, ul-

tra

ra quam non liceret aſcendere, aut plus exigere, etiamſi poſtea deprehenderetur damnum fuiſſe majus. Ratio eſt, quia, ut notavit Scortia Theorem. 309. hoc non eſt determinare ſolvendum, ſed, determinare non ſolvendum in favorem Campſarii, & ità cenſuit etiam Congregatio.

419. DUBITATUR 3. Quomodo ſint intelligenda illa verba Bullæ: *in terminis rationem habendam longinquitatis, & vicinitatis locorum, in quibus ſolutio deſtinatur.* P. Azor intellexit hæc verba *c. 9. quaſ. 3.* quaſi velit Pontifex, eſſe taxandum majus, vel minus lucrum & pretium cambii, pro ratione majoris vel minoris longinquitatis. Et hinc rejicit modum cambiendi, (quem dicit eſſe frequentem) quando Titius dat Caio Genuæ 100. aureos, ut ſolvat alio loco, ubi nullæ celebrantur nundinæ, eo pacto, ut totidem aureos cum tanto lucro ibi ſolvat ad tres menſes, cum quanto lucro totidem aurei ſolverentur ad primas nundinas in loco conſueto. Rejicit, inquam, quia ſi locus in quo eſt pecunia ſolvenda, non tam longè abeſt, quàm locus ubi proximæ nundinæ fiunt, non poteſt tantum lucri exigi, quantum ex cambio ejus pecuniæ ſolverentur in loco nundinarum. & hoc propter verba Bullæ relata. Sed reverâ eſt alius ſenſus illorum verborum, ut benè declarat Lugo imprimis ex ipſo textu: non enim dixit Pontifex, *habendam eſſe rationem longinquitatis & vicinitatis* in lucro, vel pretio cambii: ſed: *in terminis* aſſignandis ſolutioni faciendæ, ob hanc rationem: *ne dum longiores præfigantur, quàm loca deſtinatæ ſolutionis deſiderant, fænerandi detur occaſio.* Ergo diſtantia loci ad hoc eſt conſideranda ex intentione horum verborum Bullæ, ut terminus competens ſit ad ſolutionem exequendam. Probatur idipſum ratione. Quia pretium non ſemper taxatur ex majore vel minore diſtantia loci: ſæpè enim eſt facilior virtualis trajectio virtualis pecuniæ ex loco diſtante, cum quo eſt frequens commercium, quàm ex loco minùs diſtante, cum quo nullum eſt commercium: & per conſequens minus erit pretium cambii ad illum remotiorem, quàm ad propinquiorem locum.

CONTROVERSIA VIII.

Circa Bancarios, ſeu Nummularios.

SUMMARIUM.

Qualis ſit Negotiatio Bancariorum, & quomodo differant à Depoſitariis. 420.

Quandonam peccent graviter exponendo acceptas pecunias. 421.

An deponentes tenentur ad aliquod ſalarium. 422.

An Bancarius poſſit obligari ad aliquod propter commodum depoſitionis. 423.

420. INter perſonas cambiis operam impendentes ſunt illi, qui vocantur Bancarii, Italicè *Banchieri*. Horum negotiatio, ſeu lucrandi ſtudium eſt hujuſmodi. Recipiunt aliorum v.g. qui in nundinis negotiari cogitant, pecunias quaſi in Depoſitum ſeu cuſtodiam; ad quod munus exercendum admittuntur à Republica, datis priùs fidejuſſoribus idoneis, aut aliâ cautione legitimâ. Non ſunt tamen propriè dicti Depoſitarii, nam res depoſita, ſi ſine culpa Depoſitarii perit, periculo deponentis perit: at verò pecunia apud Bancarios depoſita, perit damno Bancarii. Cæterùm, ſicut Depoſitarii tenentur reddere deponenti, quandocunque popoſcerit. Intereà tamen, antequàm repetatur, cum illa pecunia negotiantur, dando ad cambium, vel alio modo. Porrò, ſunt obligati ſolvere illis, quibus ſolvi volunt deponentes, unde conficiunt rationes dati, & accepti. Iſti Bancarii in quibusdam locis tantum lucrum habent, præcisè ex poteſtate negotiandi cum pecuniis depoſitis, ut pro ſuo labore prædicto nihil penitus exigant, imò beneficii loco habeant, pecunias apud ſe deponi. Differunt inſuper in eo à Depoſitariis, quòd fiant veri Domini pecuniæ depoſitæ, & ideo meliùs dicuntur Mutuatarii precarii, hoc eſt, obligati refundere eandem quantitatem, cùm deponens petierit.

421. Circa hos Bancarios advertunt Theologi, illos peccare graviter, ſi pecuniam depoſitam ad ſuas negotiationes exponant cum propinquo periculo non habendi ſuo tempore, quando ſcilicet à deponentibus exigetur, unde ſatisfaciant: teneantúrque ad reſarciendum damnum emergens & lucrum ceſſans. Ratio eſt, quia agunt contra pactum, & ſuam obligationem ex juſtitia, vel certè exponunt ſe periculo proximo lædendi Ius deponentium.

422. DUBITATUR 1. An quandò ex pecuniis depoſitis lucrantur bancarii, nihilominus ob laborem præſtitum & periculum in ſe receptum, teneantur deponentes ad ſolvendum aliquod ſalarium, etiamſi bancarii non exigant. Affirmat Navarrus. Negant veriùs Molina & Lugo; quia Navarri fundamentum facilè ſolvitur: ergo non eſt, cur deponentibus fiat

ſcrupolus. Antecedens probatur ſolvendo, imò retorquendo argumentum Navarri, & eſt hoc. Qui dat alteri pecuniam mutuam, non poteſt ſine labe uſuræ plus repetere à mutuatario, quàm ſortem; atqui ſi deponens pecuniam apud bancarium (quæ depoſitio eſt mutuum, quia tranafertur dominium in bancarium) poſſet repetere pecuniam; abſque ſolutione laboris & periculi, quòd tamen eſt pretio æſtimabile, jàm repeteret aliquid ultra ſortem: ergo committeret uſuram. Hoc, inquam, argumentum retorquetur. Si enim hæc depoſitio eſt mutuum: ergo debent in eo ſervari legea, quæ in aliis mutuis ſervantur. atqui aliis mutuatariia nihil ſolvitur à mutuante, ſeu meliùs, nihil remittitur de ſorte, ex eo capite, quòd mutuatarius in ſe recipiat periculum pecuniæ, quæ ſi perit, ipſi mutuatario perit: item quòd debeat annotare acceptum, & redditum, &c. cujus ratio eſt, quia hæc omnia fiunt non in commodum mutuantis, ſed mutuatarii. ergo cùm bancarii quærant ex talibus depoſitis pecuniis lucrum per negotiationem, & habeant gratum, pecunias apud ſe deponi, & dominium in ſe transferri, utpote ſuo commodo: non tenebitur deponens aliquid ſolvere pro labore & periculo. Ergo poteſt deponens nolle emere à bancario illum laborem, ſed habere liberam poteſtatem ſuum depoſitum repetendi. quodſi bancarius nolit, erunt alii qui velint.

Quodſi tamen bancarii ſpes lucrandi eſſet modica & incerta valde, & depoſitio potiùs ordinaretur in commodum deponentis, tunc locum haberet ſententia Navarri, quod etſi Lugo non exprimat, Molina tamen clarè agnoſcit, & exemplo declarat. Quando duo contrahentes reciprocè indigent. v. g. alter reductione equi in aliquem locum, & alter equi conductione in eundem locum, poteſt unuſquiſque eorum nolle celebrare contractum, niſi eum qui in commodum alterius cedit, acciperéque ea de cauſa competens pretium, eſto contractus ille habeat conjunctum ſuum aliud commodum magnum: ità in re propoſita dicendum eſt: poſſe imprimis Bancarium non aliter velle ſuſcipere pecunias aliorum in ſua taberna, niſi ſibi ſolvatur effectus cuſtodiæ illius pecuniæ, & inſuper niſi ſibi ſolvantur miniſteria alia, quæ in bonum illorum eſt præſtiturus; non obſtante, quòd depoſitum illud conjunctum habeat commodum negotiationis: ergo bancarius poterit licitè facere pactum & conventionem de ſolvendo ſibi ſalario. E contra poſſunt etiam mercatores ſeu qui pecunias deponere volunt, attento commodo bancarii nolle aliter celebrare contractum mutui, quàm illum qui in commodum mutuatarii cedit, & nolle ad quidquam teneri: ſi ergo bancarius in talem contractum conſentit, nihil illi debebit deponens. Quodſi à partibus contrahentibus non exprimeretur ſatis apertè, qualiter voluerint contrahere, cenſebuntur contraxiſſe illo modo qui ab aliis obſervari conſuevit.

423. DUBITATUR 2. An econtrario poſſit bancarius obligari ex Iuſtitia, ad ſolvendum aliquid deponenti in commodum bancarii, ultra ſortem depoſitam ob commodum depoſitionis. Nam teſte Soto hoc ſolet practicari, ut bancarius ſolvat per annum quinque pro mille. Quandoque etiam deponenti decem millia v. g. ſolet bancarius dare in ſuo banco quindecim millia ad eum effectum, ut ſi deponens conſignet aliis in eo banco uſque ad quindecim millia, bancarius illas literas acceptet & obliget ſe ad illam ſummam ſolvendam, adeoque ad mutuò danda 5000. quæ non fuerunt depoſita. ℞. Si bancarius non per pactum, ſed gratitudinis titulo, vel ad alliciendum hujuſmodi honorarium offerret, utique poſſet acceptari: ex pacto tamen mutui dati non poteſt, niſi interveniat damnum emergens, aut lucrum ceſſans, aut horum periculum probabile tanti æſtimetur. neque Sotus videtur plus voluiſſe q. 11. a. ult. quod ſi plus voluit, non eſt audiendus, reverà enim eſt uſura, & quidem ex eo etiam magis, quòd alii mutuantes nihil poſſint accipere ultra ſortem, cùm tamen non poſſint ad libitum repetere à mutuatario, ſicut poteſt deponens à bancario. Benè tamen obſervat Lugo, quòd poſſet depoſitioni adjungi contractus ſocietatis, dando pecuniam ad negotiandum, & ſecundùm ſpem lucri proportionaliter & bonâ fide aliquid certi in pactum deducere.

CONTROVERSIA IX.

Reſidua dubia de Cambiis.

SUMMARIUM.

An poſſit Campſor addere pactum de faciendo recambio. 424.

An in Recambio licito poſſit aut debeat lucrum primi Cambii augere capitale reſpectu recambii. 425.

An teneatur Campſor ſolutionem ſortis acceptare, non ſoluto Cambiorum intereſſe. 426.

Conſideratio Lugonis circa ſolutionem ſortis ante intereſſe. 427.

Quid cenſendum de conſuetudine mercatorum, quâ ſingulis centenariis ſcutis debetur tertia pars ſcuti ſecundùm monetam de qua ſolvitur cambium. 428.

Cur operariis ſolvatur merces æqualis pro laboribus inæqualibus. 429.

An peccet Campſor negans alicui cambium ad locum vicinum, ut inducat ad locum remotiorem cum majori lucro. 430.

424. DUBITATUR 1. An poſſit campſor ultra juſtum pretium cambii dedu-

ducere in pactum, ut caſu quo campſarius debito loco & tempore non ſolverit, teneatur eandem ſummam ad recambium hujuſque novum lucrum accipere.

Affirmat Diana Reſol. 5. citans Scottiam *in Bull. Pont. Epit.* 107. *Theor.* 289. Rectiùs tamen Filliucius, Leſſius, Salas, Lugo, negant hoc licere, niſi per tale pactum compenſetur aliquod damnum emergens aut lucrum ceſſans. Et Lugo ad lungum oſtendit, Scottiæ mentem non eſſe diverſam à noſtra ſententia. videtúrque res eſſe clara, quia ut ex ſuprà dictis conſtat, non poteſt campſor ultra ſuum capitale & pretium cambii aliquid amplius gravans campſarium eligere: ergo nec in pactum deducere, ità ut hæc obligatio ſit pars pretii prioris cambii: Quodſi ſe campſarius ſponte ad hoc obligaret, ut ſic faciliùs cambium obtineret, non eſt, cur non poſſet à campſore acceptari.

425. DUBITATUR 2. Utrum in recambio licito poſſit aut debeat lucrum primi cambii augere capitale, ità ut illi etiam pars lucri ex recambio ſolvendi reſpondeat. Aliqui negant, aliqui affirmant: quos conciliat Lugo n. 123. hoc modo. Aliquando ea pacto præcedente lucra cambii & proviſiones non debentur niſi finito toto cambio, & extincto toto debito, & tunc non poſſunt illa lucra intermedia in ſortem adjici ad recambium, cùm nondum eorum ſolutio debeatur. Quando verò lucra & proviſiones debentur in fine primi cambii, verius eſt, quòd poſſint ad recambium dari, ſicut & ipſum capitale, quia jam tunc hæc non minùs ſolvenda erant quàm capitale: quare poteſt ſecundum cambium iniri, cujus capitale hæc omnia complectatur, ſi campſatius ità velit. Poterit etiam ab initio id in pactum deduci ſicut de capitali, ſi id fiat titulo lucri ceſſantis, vel damni emergentis.

426. DUBITATUR 3. An teneatur campſor ſolutionem ſortis acceptare, non ſoluto cambiorum interesse. Affirmativam docuerunt aliqui innominati apud Salas dub. 23. Communis aliorum doctrina eſt negativa (excepto Lugone, ut jam referam) quam ſententiam etiam tenet Caſtro Palao puncto 13. ſed notandus eſt ibi error: nam in Summario ſic habet. *Affirmativè reſpondetur.* & tamen poſtea in ipſo corpore reſpondet negativè. Auctores alios refert Diana reſol. 22. dicens, hanc eſſe conſuetudinem campſorum, & juſtam, quia fundatur in *l. 1. C. de ſolut. & lege* 21. *C. de Vſuris.* in quibus habetur, quòd quando duo ſunt debita ſubordinata, ità ut unum oriatur ex alio, tanquam ex radice, priùs ſolvendi ſint fructus, quàm radix. atque ità priùs ſolvendi ſint reditus cenſus alicuius, quàm cenſus ipſe redimatur, priùs etiam pro uſuris, quàm pro ſorte. Leges has retuli jam ſuprà *de Mutuo*, ſed iterum ſunt exhibendæ ob ea quæ dicenda ſunt. Prior lex ſic habet [In poteſtate ejus eſt, qui ex pluribus contractibus debet, tempora ſolutionis exprimere, in quâ cauſam reddat. Quodſi debitor id non fecit, convertitur electio ad eum, qui accepit: ſi neuter voluntatem ſuam expreſſit, priùs in uſuras, quod ſolvitur, deinde in ſortem accepto fertur. Secunda ſic. Si uſuras præſtare pignore dato convenerat, & in continenti numeratione facta poſtea, vel antè, propter quod debitum ſolutionem feceras, non deſignati. habuit creditor in uſuras tibi accepto ferendæ ſolutæ quantitatis facultatem.] Ego non aſſequor, quâ ratione ex his legibus poſſit inferri intentum communis ſententiæ, niſi fortè per argumentum à contrario ſenſu: nempe quia in his legibus datur poteſtas eligendi debitori tunc, quando debita habet diverſa ex diverſis cauſis: ergo quando non ſunt cauſæ diverſæ, non habet talem electionem, ſed potiùs creditor habebit.

427. Card. de Lugo ait, ſe non videre, loquendo ex natura rei, & ſecluſo pacto implicito, vel explicito contrahentium, cur non poſſet debitor ſolvere pro ſorte antequam ſolvat intereſſe. Et imprimis, inquit, leges adductæ expreſſè loquuntur in caſu, quo debitor non explicuit ſuam intentionem circa unum, vel alterum debitum extinguendum. Vnde potiùs à contrario ſenſu indicare videntur, aliter dicendum eſſe, ſi debitor ſuam intentionem explicâſſet ſolvendi pro ſorte, & non pro fructibus vel uſuris: priùs enim generalem regulam ſtatuunt, quod debitor eligere poteſt debitum, quod ſolvit: poſtea verò addunt: ſi nihil explicuit, intelligi ſolutum pro fructibus, & non pro ſorte. Hactenus Lugo. Sed non videtur advertiſſe, quòd leges ſtatuentes hanc regulam, loquantur expreſsè, quando debita ſunt diverſa ex diverſis contractibus: atqui ſors & intereſſe cambii ex eodem contractu debentur: unde AA. argumentum ducunt à contrario ſenſu pro ſe.

Deinde (pergit Lugo) etiamſi in cenſibus, & ſimilibus non poſſit debitor cogere creditorem ad acceptandam ſolutionem pro capitali non ſolutis fructibus, vel reditibus decurſis, non deberet idem dici in Cambii ſolutione. Pro quo

Advertit, aliam eſſe regulam generalem, quando debitor duo debita eidem creditori debet, quorum unius terminus advenit ſolutioni, & non alterius, ſolutionem intelligi factam primi debiti, non ſecundi, ut conſtat ex lege *cæterum.* 3. *ff. de ſolutionibus.* quæ tamen lex ut intelligatur, debent illi adjungi duæ leges præcedentes, & ſic habent. *Permittitur ergo creditori conſtituere id quod velit ſolutum: dummodo ſic conſtituamus, ut in re ſua conſtitueret, ſed conſtituere in re præſenti, hoc eſt, ſtatim ac ſolutum eſt.* l. 2. *Dum in re agenda hoc fiat, ut vel creditori liberum ſit non accipere, vel debitori non dare, ſi alio nomine exſolutum*

quis eorum velit. l. 3. *Cæterùm, poſtea non permittitur. Hæc res efficiet, ut in duriorem cauſam ſemper videatur ſibi debere accepto ferre, ità enim & in ſuo conſtitueret nomine. Quodſi fortè à neutro dictum ſit, in his quidem nominibus, quæ diem vel conditionem habuerunt, id videtur ſolutum, cujus dies venit.*

Pergit Lugo. [Ratio autem eſſe poteſt, quia id quod debetur in diem futurum, vel ſub conditione adhuc non impleta, nondum videtur completè deberi: quare creditor cogere poteſt debitorem ad ſolvendum id quod jam debet, antequam alias expenſas liberas faciat: nullam enim habet excuſationem non ſolvendi quod debet ille, qui liberè vult pecunias ſuas in rebus non neceſſariis inſumere. Unde qui cenſum redimibilem v. g. vult extinguere, cogi poteſt ad ſolvendos reditus decurſos quos jam debet, antequam cenſum extinguat, quæ extinctio non eſt ullo modo debita, ſed libera: idemque dici poſſet de eo, qui ſub uſuris licitis mutuum accepit, non aſſignato termino ſolvendæ ſortis, vel ſaltem nondum adveniente tali termino. tunc enim debet quidem ſolvere uſuras, quæ jam ſunt debitæ, antequam ſolvat ſortem, quam adhuc non debet. At verò in cambio aliter dicendum eſſet, in quo idem terminus ſtatuitur ex contractu reddendi capitale, & lucrum in loco & tempore deſignato: quare adveniente termino ſolutionis cambii, & reddendi Placentiæ pecuniam Romæ acceptam, non minus debet jam campſarius capitale, quàm lucrum: & ideo ut ſolvat capitale debitum & cambium primum compleatur, accipit Placentiæ pecunias ad ſecundum cambium. NB. Poteſt ergo debitor ſolvere ibi primò capitale quod jam debet, & manere debitor lucri.] Ità Lugo, cujus ultimam conſequentiam non aſſequor. Non inquam eſt bona hæc conſequentia. Debitor poteſt cogi ad ſolvendum prius debitum jam ceſſum, quàm debitum non ceſſum: ergo quando utrumque debitum eſt ceſſum, non poteſt cogi ad ſolvendum utrumque, ſed eſt illi liberum unum ſolvere, & manere debitorem alterius. Nego conſequentiam, & potiùs cum communi ſententia infero: ergo poteſt cogi ad ſolvendum utrumque, vel certè eſt liberum creditori repudiare ſolutionem unius ſine altero.

Cùm ergo ipſe Lugo fateatur, campſarium jam teneri ad capitale & ad intereſſe ſeu lucrum, vera eſt communis ſententia, non teneri campſorem acceptare ſolutionem capitalis ſine ſolutione lucri. & eſt ſanè hoc æquiſſimum, quia facilius eſt in judicio conſequi utrumque tanquam unum adæquatum debitum ex uno contractu, quàm, ſi ex parte ſit facta ſolutio, conſequi deinde intereſſe ſeorſim, quod ipſe Lugo in terminis fatetur n. 106.

428. DUBITATUR 4. Quid cenſendum de conſuetudine inveterata & immemorabili (teſte Bonſignio c. 7.) mercatorum, quâ pro ſingulis centenariis ſcutis debetur tertia pars ſcuti ſecundùm monetam de qua ſolvitur cambium: & hunc uſum ait Scaccia §. 3. quil. 3. n. 11. ſervari in Italia, & ſervandum eſſe apud omnes, qui contrahunt in nundinis quas Genuenſes celebrant in civitate Placentiæ: quam quæſtionem tractat Diana Reſol. 7. Eſſe juſtum affirmant apud eundem aliqui ex eo fundamento, quia in taxanda juſtitia & quantitate hujuſmodi lucrorum & proviſione, meritò pro regula habetur communis Mercatorum uſus, qui per longam experientiam edocentur, quantùm neceſſe ſit exigere, ut in republica ſemper haberi poſſint & habeantur, qui munus cambii exerceant.

Contrarium tamen tenent alii, quos ſequitur Malderus: qui tenent non poſſe æqualem quantitatem exigi in recambiis, quæ in primo cambio, ob majorem facilitatem recambiendi. Ad hoc tamen commodè reſpondet P. Diana, conſuetudinem, habentem vim legis circa proviſiones cambiorum, non conſideraſſe magnitudinem ſeu parvitatem laboris in unoquoque genere cambii, & in caſibus particularibus, ſed in univerſum, (prout in ſimili etiam reſpondit Navar. cons. 31. de uſuris) & ideo conſtituiſſe pretium pro quovis labore in genere. Deinde licèt campſores in recambiis non ità laborent ut in cambiis realibus, tamen ipſi laborare vellent in dictis cambiis realibus & ſumere proviſiones, & de facto laborarent, ſi Campſarii ſolverent pecuniam, ut opus non eſſet recambio: nam illam darent ad cambia realia, ex quibus proviſiones ſumerent. ergo etiam in recambiis proviſiones integræ illis debentur, quia ex culpa Campſariorum provenit, ut Campſores in cambiis realibus dictas proviſiones integras non recipiant: nam ſi ſtatuto tempore pecuniam ſolverent, illam ad cambium reale alteri darent, & inde proviſionem acciperent. Vno verbo, accipiunt eas integras titulo lucri ceſſantis. Vnde Leſſius n. 84. Salas dub. 22. n. 3. & alii abſolutè docent, in continuationibus cambiorum poſſe Campſores ſumere conſuetas proviſiones ratione lucri ceſſantis.

Porrò, ob eandem rationem, ſicut non obſtat inæqualitas laborum, ità non obſtat inæqualitas periculorum: nam ut benè diſcurrit Scaccia l. c. n. 12. Lex conſcientiæ debet eſſe de re moraliter poſſibili, ſed eſt impoſſibile cognoſcere minutatim qualitates & quantitates periculi, tum quia periculum eſt in incerto eventu rei, & ideo poteſt contingere, ut ubi majus appareat, evaneſcat, & ubi minus, ibi ſuccedat: tum quia circa rerum eventus varias habent opiniones, & inæquali tenentur timore. Quare ſi lex poſitiva, vel conſuetudo (ut eſt caſu noſtro inveterata, & immemorabilis) unum æquale ſtatuerit pretium, illud

illud erit tutum etiam in foro interiori, aliàs magna conſcientiarum confuſio, & perplexitas poſſet oriri.

429. Poſſet hoc declarari à ſimili. Nam videmus opificibus quibuſdam, v. g. murariis, & fabris lignariis æqualem prorſus mercedem diurnam ſolvi per totam provinciam, etiamſi eorundem labores ſint ſæpè valdè inæquales, tum ex laborandi diverſitate & majori vel minori fatigatione, unde etiam inæquali indigent refectione (quam tamen ex ſua mercede procurare debent) tum ob valde magnam periculorum diverſitatem, dum ſæpè ſinè ullo periculo laborant, ſæpè cum manifeſto aliquo periculo labendi & frangendi crura & collum, & tamen nemo eorum conqueritur de mercedis æqualitate, nempe quia reipublicæ eſſet incommodum, ſi ob hujuſmodi circumſtantias eſſent variandæ mercedes in operariis quotidie neceſſariis: atqui hæc ratio etiam poteſt procedere in campſoribus.

430. DUBITATUR 5. An peccet campſor negans alicui cambium ad locum vicinum (ad quem ſolet cambium cum minore lucro dari) ut campſarium inducat & neceſſitet accipere ad locum remotiorem, ut ſic majus ſit lucrum. ℞. 1. Si campſor ex officio cambium exercet, ad hoc à republica conſtitutus, non eſt illi licitum, dummodo in loco vicino habeat campſor paratas pecunias ad ſatisfaciendum campſario, à quo pecunias priùs accepit. Ratio eſt, quia in hunc finem eſt à Repub. conſtitutus, ut per ipſum conſulatur etiam illis, qui indigent ad locum viciniorem. ℞. 2. Si campſor ſponte & voluntariè per ſe exercet cambiorum negotiationem, non peccabit contra juſtitiam. quia cùm non teneatur ad cambium, poteſt illud omnino negare. Ergo etiam nolle niſi ad certum locum ſibi gratum dare.

CAPUT IV.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

De hoc Contractu in utroque Iure agitur, & quidem in Iure Can. tit. 18. lib. 3. Decret. in Digeſtis tit. 2. lib. 19. in Codice tit. 65. lib. 4. & in Inſt. tit. 25. lib. 3. & non minùs quàm Cenſus & Cambium habet cum contractu Emptionis magnam aſſioitatem, quod enim in Emptione eſt merx & pretium, hoc in præſenti eſt merces, & opera, vel uſus rei. Sic enim loquitur Imperator io pr. hujus tit. [Locatio, & Conductio proxima eſt Emptioni & Venditioni, iiſdémque Iuris Regulis conſiſtit. Nam ut Emptio & Venditio ità contrahitur, ſi de pretio convenerit, ſic & Locatio & Conductio ità contrahi intelligitur, ſi merces conſtituta ſit, & competit Locatori quidem Locati actio, Conductori verò Conducti.] Quæ tamen omnia deinceps magis declarabuntur.

CONTROVERSIA I.

Quid ſit Locatio & Conductio.

SUMMARIUM.

Locationis Conductionis definitio communis. 431.
Emendatur à P. Molina. 432.
An merces eſſet ſufficienter determinata, ſi in arbitrium tertii collata eſſet. 433.
An remiſſâ mercede vitietur & reſolvatur contractus. 434.
An ſit univerſim contra naturam Locationis, tranſlatio dominii. 435.
Quis dicatur univerſim Locator, & quis Conductor. 436. *& ſeq.*

431. Iuris Interpretes communiter ità definiunt: quòd ſit *Rei vel Operæ pro certa & nummaria mercede ad uſum facta conceſſio.* Verùm, illa particula: *Nummaria*: eſt controverſa, ut videbimus. Accuratiùs eam definit Harpprecht: quod

quòd ſit: [Contractus Iuris gentium, nominatus, bonæ fidei, ſolo conſenſu initus, de rei alicuius uſu, vel fructu, vel hominis operis pro mercede certa, confeſtim definitâ, alteri ab altero concedendis:] quam definitionem reipsâ ponit Bocerus.

432. Huic definitioni objici poſſet, quòd videatur convenire Emphyteuſi. quare ad hanc excludendam addit P. Molina: *Rei immobilis ad minus tempus, quàm ad decennium, aut mobilis: quo-ad quodcunq; tempus.* Exiſtimo tamen, hac additione non eſſe opus: nam Emphyteuſis non conceditur pro mercede, & Canon ſolvitur potiùs in recognitionem: & transfertur dominium utile, quod in locatione non fit, & indicatur per part: *Mercedis.* Vnde etiam non placet, quòd P. Molina, Leſſius, & Lugo, loco *Mercedis* ponant *Pretium*, quod propriè emptioni convenit, quando res reſpondens pretio transferenda eſt quoad dominium, quod non fit in re mercedi reſpondente.

Dicitur 1. Contractus *Iuris gentium*, ut habetur l. 5. ff. d. I. & I. *Ex hoc Iure gentium emptiones, Venditiones, Locationes, Conductiones, &c.* & l. 1. ff. h. t. *Locatio & Conductio cùm naturalis ſit, & omnium gentium, non verbis, ſed conſenſu contrahitur, ſicut emptio venditio.*

Quòd ſit *Nominatus* & *Bonæ fidei*, conſtat ex §. 28. *Inſt. de act.* ſæpiùs jam adducto. Quòd ſolo conſenſu, hoc eſt, abſque traditione, aut litteris, aut certâ verborum formâ celebretur, conſtat ex Iuribus adductis ſuprà.

Per hoc quòd intercedere debeat Merces, diſtinguitur Locatio à Commodato & Precario, ubi res gratis conceditur ad uſum. l. 5. §. 12. *ff. Commodati.* [Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dediſti. non repignoras, ut mihi reddas. Labeo ait, Commodati actionem locum habere, quod ego puto verum eſſe, niſi NB. merces intervenit, tunc enim vel in factum, vel ex locato conducto agendum erit.]

Quòd merces debeat eſſe definita, & determinata, habetur in §. 1. *Inſt. h. t.* & per hoc differt à Contractu innominato, ex quo actio *præſcriptis verbis* datur. ibi. *Qua de cauſa ſi fulloni poliendo, curandave, ac Sarcinatori ſarcienda veſtimenta quis dederit, nullâ ſtatim mercede conſtitutà, ſed poſtea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non propriè* Locatio Conductio *contrahi intelligitur, ſed eo nomine actio* præſcriptis verbis *datur.*

433. Quæres 1. An ſufficienter eſſet determinata & definita merces, ſi in arbitrium tertii determinatio collata eſſet. ℞. Sicut in Emptione, ſi ille tertius determinet, erit Locatio, ſi non determinet, non erit, ut dicitur in eodem §. 1. & clariùs *l. 25. pr. ff. h. t.* [Si merces promiſſa ſit generaliter alieno arbitrio, Locatio Conductio contrahi non videtur, ſin autem, quanti Titius æſtimaverit, ſub hac conditione ſtare Locationem, ut ſi quidem ipſe, qui nominatus eſt, mercedem definierit, omnimodo ſecundùm ejus æſtimationem, & mercedem perſolvi oporteat, & conductionem ad effectum pervenire: ſin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo eſſe conductionem, quaſi nullâ mercede ſtatutâ.]

Objici poſſet ex lege 3. *C. de dotis promiſſ.* ubi non obſtante, quod promiſſio dotis ſit incerta, tamen ſuſtinetur. [Si cùm ea quæ tibi matrimonio copulata eſt, nuberet is cujus meminiſti, dotem tibi non additâ quâtitate, ſed quoadcunq; arbitratus fuiſſet, pro ea daturum ſe ritè promiſit, & interpoſitæ ſtipulationis fidem non exhibet, competentibus actionibus uſus ad repromiſſi emolumentum Iure judiciorum pervenies.] ℞. Favore dotium hoc ſtatutum eſſe. Deinde, etiamſi Conductio illa in ratione Conductionis non ſuſtineatur, ſuſtinetur tamen in ratione contractûs innominati, & parit actionem *præſcriptis verbis.*

434. Quæres 2. An ſi poſt celebratum Contractum Locationis Conductionis, & conſtitutam mercedem, deinde merces à Locatore remittatur, reſolvatur, & vitietur Contractus. ℞. Negativè. *l. 5. ff. h. t. Si tibi habitationem locavero, mox penſionem remiſero, ex locato conducto agendum erit.*

Objicies. Quandocunque tollitur aliquod ſubſtantiale alicujus rei, res ipſa tollitur. atqui ſecundùm omnes Interpretes tria ſunt ſubſtantialia hujus contractûs, nempe conſenſus, merces, & uſus vel opera. Ergo ſublatâ per remiſſionem mercede, tollitur ipſe contractus. ℞. illud vulgatum Interpretum non eſſe accipiendum ſecundùm corticem verborum, ſed ſenſum eſſe, quòd conſenſus debeat in illa duo velut extrema terminari & tendere. hoc autem factum eſt, dum celebrabatur contractus, eſto poſtmodum remittatur, nam minùs requiritur ad conſervari, quàm ad produci.

435. Quæres. 3. An univerſim ſit contra naturam hujus contractûs, transferri dominium rei locatæ in conductorem. Reſpondent Iuriſconſulti, & ſpecialiter Honnius, ab hac regula generali excipi unum caſum legis 31. *ff. locati conducti*, quo nempe res fungibilis locando ità alicui traditur, ut ex ea quid fiat, veluti cùm aurum datur fabro, ut vaſa vel annulum vel aliud quidpiam faceret, hoc quippe caſu tacitè id actum videtur, ut non idem aurum in ſpecie, ſed tantundem ejuſdémque bonitatis & qualitatis aliud reſtitueretur, atque ità auri dominium in accipientem tranſiret. Etiamſi autem hujuſmodi conventio notiſſimos locationis terminos excedat, atque à natura locationis conductionis, quæ hæc eſt, ut eadem res in ſpecie reſtituatur, aliquatenus recedat, non tamen propterea deſinit eſſe locatio conductio, & incipit eſſe mutuum; nam *arg. leg.* 24. *ff. Depoſiti.* etiam hoc eſt genus rerum locatarum,

quod

quod tacitè convenit, ut tantundem reddatur. Ità Hunnius.

Ego tamen exiſtimo, in tali caſu duos contractus intervenire, nempe contractum locationis, quià aurifaber locat operam pro mercede, & contractum mutui, dum accipit aurum, ut ex eo poſſit annulos elaborare: & hoc dicitur in lege 31. ff. h. t. ibi. reſpondit (Alfenus I C.) [rerum locatarum duo genera eſſe: ut aut idem redderetur, velut cum argentum puſulatum fabro daretur, ut vaſa fierent, aut aurum ut annuli: ex ſuperiore cauſa rem domini manere, ex poſteriore NB. in creditum iri. Verùm hujus occaſione,

436. Quæres 4. Quis univerſim dicatur Locator, & quis Conductor. Et quidem quando res aliqua ad uſum locatur, v. g. domus, omnes conveniunt, illum dici Locatorem, qui mercedem accipit, illum verò conductorem, qui eam ſolvit. Quando verò opera locatur, eſt inter Iuriſtas diſſenſio, nam dupliciter opera locatur, aliquando enim qui operam locat, nihil accipit ab altero in quo conficiendo operam præſtet, v. g. quando laborat in vinea, &c. aliquando accipit ab altero aliquid, v. g. aurum, ut ex eo faciat poculum, & tunc eſt diſſenſio uter dicendus ſit Locator, quia jura diverſimodè loquuntur. Cujacius Locatorem definit, quòd ſit is qui dat faciendum aliquid: conductorem verò qui accipit faciendum. Eodem ferè modo loquitur Caſp. Manzius n. 13. pr. J. h. t. [Si verò, inquit, non de operis, ſed de opere loquamur, tunc is dicitur locare opus, qui dat mercedem, is verò conducere opus, qui eam accipit, ut cùm, v. g. Architectus certam pecuniæ ſummam accipit, ut domum exſtruat.]

Hanc ſententiam rejicit Hunnius tum in *Reſol. th. 1. Tréütl.* tum in ſuis variis reſolut. q. 1. (ubi iiſdem formalibus verbis totam quæſtionem repetit, & tamen dum vult Cujacium impugnare, dicit ipſiſſimam Cujacii ſententiam, ut legenti patet) Itaque Hunnius, conformiter illis quæ dixi paulò antè, ſupponit contra Cujacium, quòd artifex dicatur operas ſuas locare, is verò cui operæ præſtantur, dicatur eas conducere, cùm tamen artifex ſuſcipiat quid faciendum. & hoc colligitur ex pluribus legibus ff. hujus tit. l. 19. §. 9. l. 22. §. 2. & alibi paſſim. Citat Hunnius pro ſe Bocerum, nullo adducto loco. cæterùm, habet id Bocerus in th. 1. de loc. & cond. Itaque Bocerus, Harpprecht, & Hunnius illum volunt dicendum Locatorem, qui inchoat contractum, & ſe alii priùs ultrò obtulit: conductorem, cui quid faciendum aliquis ultrò obtulit, & qui ſuſcipit placitum offerentis. Fundant ſe in eo, quòd non ſolùm textus juris, ſed & inſcriptio & conceptio tituli Digeſtorum Codicis & Inſt. ſatis oſtendant, quòd in locatione operarum ſemper cauſam det contractui, ſéq; primùm offerat locator, nam locati & locationis nomina ſemper præponuntur. conducti verò & conductionis poſtponuntur. Hæc tamen ratio mihi leviſſima videtur: nam inde potiùs inferre deberent, aurificem etiam tunc eſſe locatorem, quando illi præbetur aurum ut in eo laboret, nam & ille ſe priùs offert non minùs quàm alii opifices & artifices, quorum oblatio non conſiſtit in alio quàm quòd talem artem profiteantur.

457. Itaque inſiſtendum eſt communi & proprio loquendi modo, quem præter Theologos omnes & Iuriſtas pleroſque, recens obſervat Antonius Perez in h. t. C. n. 2. dicens: Igitur qui dat utendum vel fruendum interventu pretii, Locator dicitur, qui accipit, pretio dato, conductor. Itaque qui ſe obligat ad mercedem ſolvendam dicitur conductor, propriè & civiliter loquendo; ſive deinde ſubminiſtret alteri ad operam obligato materiam ſive non: nam hæc materiæ ſubminiſtratio habet ſe ad hunc contractum merè per accidens. Quia verò talis materiæ ſubminiſtrator in Iure ſæpiùs vocatur Locator, hoc potiùs grammaticaliter, quàm civiliter accipiendum eſt, quatenus locat materiam apud alium, & ideo Robertus non malè dixit, talem poſſe diverſo reſpectu dici & Locatorem & Conductorem: Locatorem quidem, quatenus quid faciendum locat; Conductorem verò quatenus operas alterius conducit. quod ipſum noviſſimè tradit Ludvvel. in text. pr. Inſt.

Dixi, in Iure talem quandoque vocari Locatorem, ſic *l. 11. ff. h. t.* [Qui vinum de Campania transportandum conduxiſſet, deinde mota à quodam controverſia ſignatum ſuo & alterius ſigillo in apothecam depoſuiſſet, ex locato tenetur. ut locatori poſſeſſionem vini ſine controverſia redderet. Sed de hac nominis quæſtione ſatis.

CONTROVERSIA II.

Vtrum Merces debeat conſiſtere in pecunia numerata, vel poßit eſſe in re quavis fungibili.

SUMMARIUM.

AN Conductionis merces poßit eſſe quæcunque res fungibilis. 438.
Intellectus legis 35. §. 1. ff. Locati. 439.
Intellectus legis 8. C. eod. 440.
Intellectus legis 21. C. eod. 441.
Divinatio Hunnii reprobatur. 442.
Differentia inter venditionem & locationem. 443.
Intellectus legis 1. §. 9. ff. depoſiti. 444.
Intellectus legis 5. §. 2. ff. de præſcriptis verbis. eod.
Intellectus §. 3. Inſt. de Locat. 445.
Quomodo leges conciliari poſſent. eod.

EſT hæc quæſtio celebris admodum apud Iuriſtas, & Theologos, nec eſt quæſtio inutilis de vocabulo, ſed conſideratur in ordine ad actiones. nam ſi ſit locatio etiam absque pecunia numerata, dabitur actio ex locato conducto, ſin minùs, dabitur actio præſcriptis verbis.

438. Prima ſententia docet, requiri pecuniam numeratam. Hæc olim fuit valde communis ſententia, quam putat P. Molina dilucidiſſimis Iuris textibus evinci. Eandem tenet cum aliqua formidine P. Azor. absque omni dubitatione eam ſupponit Lugo, & P. Layman. Ex Iuriſtis eam tenent Donellus, Fachineus l. 1. c. 82. Mynſinger, Giphanius, Beſoldus, Arumæus, Bachovius, & Hunnius in Treutler. & apud hos alii, qui referuntur ab Harpprecht, quibus addo Caſparum Manz. pr. I. b. t.

Secunda ſententia vult, etiam in aliis rebus fungibilibus, in pondere, menſura, & numero conſiſtentibus poſſe conſtitui rationem mercedis ad Conductionem requiſitæ. Hanc ſententiam ex Theologis (quantùm videre potui) tenet P. Rebellus q. 1. n. 13. citans pro eadem Valaſquum, Pinellum, & Pinſianum, affirmantem, eam toto orbe receptam eſſe. Iuriſtæ etiam Neoterici eam plerique ſequuntur, poſt Coraſium & jam citatos. Ità VVeſenbec. Connanus, Vulteius, Bocerus, Julius Pacius, Cuiacius, Bronchorſt, Menochius, Borcholdt, Treutlerus, aliique quos refert & ſequitur Harpprecht. quibus addo VVurmſerum, Antonium Perez, & Henric. Zæſium (quamvis hîc utatur diſtinctione non ſatis fundatâ) & Arnoldum Corvinum. in Codicem, & Ludvvel in §. 2. *J. h. t.* & noviſſimè Georgium VVidman *tr. de Contr. tit.* 12. *n.* 3. & , ut jam dixi, hæc ſententia nunc auctoritate prævaluit, ut non credam, contrariam in Iudicio obtenturam.

439. Probatur 1. ex lege 35. §. 1. ff. h. t. *Cùm fundum communem habuimus, & inter nos convenit, &c.* poſtea in fine dicitur. *Quod ipſum ſimpliciùs ità quæremus, ſi proponatur inter duos, qui ſingulos proprios fundos haberent, convenisſe, ut alter alterius in conductum haberet, ut fructus mercedis nomine penſarentur.* Ergo conductioni non adverſatur, fructus penſari nomine mercedis. Reſpondent AA. 1. ſententiæ, in caſu legis fuiſſe priùs conventum de mercede in pecunia numerata ſolvenda. Deinde verò fuiſſe illam compenſandi per fructus conventum. Rejicit ea ipſis AA. primæ ſententiæ Hunnius hanc reſponſionem, non ſolùm tanquam divinatoriam, ſed quæ vim inferat textui, cùm ſatis clarè pateat ex verbis, ab initio ſtatim fuiſſe ità conventum. Ipſe ergo Hunnius aliter reſpondet, in caſu adductæ legis non locationem, ſed quaſi genus locati conducti interveniſſe: pro quo adducit *legem* 1. §. 9. *ff. depoſiti.* ad quam legem poſtea reſpondebitur in relatione argumentorum pro prima ſententia. Nunc dico, eam non eſſe ad rem, quia ibi non eſt ſermo de re fungibili pro mercede data, ſed de operis ſervi.

440. Probatur 2. ex lege 8. C. h. t. [*Licèt certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, ſi tamen expreſſum non eſt in locatione (ut mos Regionis poſtulabat) ut ſi quâ lue tempeſtatis, vel alio cœli vitio damna accidiſſent, ad onus tuum pertinerent, & quæ evenerunt ſterilitates, ubertate aliorum annorum repenſatæ non probabuntur: rationem tui juxta bonam fidem haberi rectè poſtulabis, eámque formam, qui ex appellatione cognoſcet, ſequetur.*] Ubi per certas annuas quantitates non poteſt intelligi pecunia numerata, ſed fructus: nam in Iure nomine *quantitatis* intelliguntur res fungibiles conſiſtentes in numero, pondere & menſura. Ad hanc legem reſpondet Hunnius: etſi quantitatis nomen generale ſit, & omnes res fungibiles, atque in pondere, numero, & menſura conſiſtentes ſub ſe complectatur, ſæpius tamen *quantitatis* nomine ſolam numeratam & ſignatam pecuniam per excellentiam deſignari: quo circa in adducta lege per *quantitatem* non neceſſariò intelligendas eſſe quasvis res in pondere numero, & menſura conſiſtentes. Verùm, hæc reſponſio eſt nimis quæſita: non enim pecunia numerata uspiam per pluraliter dictas quantitates ſignificatur in ſpecie. Et ſanè ipſe Hunnius advertit violentiam reſponſionis, dum tandem ſatetur, eam eſſe adhibendam ſuppoſito, quòd ſuam ſententiam efficaciter probaverit. Ego verò miror cur non potiùs repetat ſuam reſponſionem ad præcedentem probationem datam, quòd ſermo ſit de genere locati, præſcindendo à locatione propriè & impropriè dicta? Sed nec hîc nec ibi eſt idonea reſponſio, quia hæ leges ponuntur ſub titulo *Locati.* ex quo fundamento ipſe Hunnius aliorum ſimilem reſponſionem rejicit, ut ſtatim dicetur.

441. Pro-

441. Probatur 3. ex lege 21. *C. eod.* ubi certa menſura olei pro mercede eſt conſtituta, & nihilominus locatio contracta eſſe dicitur. [Si olei certâ ponderatione fructus anni locâſti, de contractu bonâ fide habito, propter hoc ſolùm, quòd alter majorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.] Hæc lex in varias reſponſiones detorſit adverſarios. Prima reſponſio eſt Laſſarte, quam etiam amplectitur P. Molina, præceſſiſſe conventionem pro certa mercede in pecunia, ut eſſet vera locatio, & contractus bonæ fidei, neque ab illa poſſet recedi, eámque commutatam fuiſſe in illa certa pondera olei. quæ reſponſio confirmari poteſt à ſimili ex lege 39. §. 1. *ff. de contr. empt.* ubi dicitur: [Veriſimile èſt, enim, qui fructum olivæ pendentis vendidiſſet, & ſtipulatus eſt decem pondo olei quod natum eſſet: pretium conſtituiſſe ex eo quod natum eſſet, usque ad decem pondo olei.] Si tam claris Iuribus probari poſſet, ad locationem requiri pecuniam numeratam, ſicut probatur requiri ad emptionem, reſponſio hæc præ quavis alia recipienda eſſet. Verùm, an ſe res ità habeat, patebit ex dicendis.

Reſpondent alii communiùs, in illa lege eſſe ſermonem de cõtractu innominato. Sed hoc eſt ſomnium. nam ſi hoc eſſet, non debuiſſet lex illa poni ſub titulo *Locati*: ſic enim evaderet deceptoria. & ex hoc capite ipſe Hunnius rejicit hanc reſponſionem. ſed inconſequenter. nam priùs, ut vidimus, eâdem uſus eſt. Deinde in d. lege eſt ſermo de contractu, à quo recedi non poteſt, nec pœnitentiæ locus eſt: atqui à contractu innominato poteſt recedi.

442. Denique Hunnius aliâ divinatione utitur, quæ non habet opus refutatione aliâ, quàm quòd repugnet verbo *Locâſti*. & quòd hæc lex ponatur ſub titulo *Locati*. ex quo fundamento ipſe Hunnius rejecit præcedentem aliorum reſponſionem. Sed audiamus ejus inventum. [Mihi, inquit, videtur commodè dupliciter reſponderi poſſe. Primò, diſtinguendum eſſe inter locationem veram, & locationem, quæ fit pro parte fructuum fundi; quæ ad Societatis contractum accedit, ut prior vera & propria locatio alitèr quàm pecuniâ numeratâ non poſſit contrahi: at hæc aliis etiam rebus in quantitate conſiſtentibus poſſit, & de hac loquatur lex illa. *Si olei*] Sed, ut dixi, repugnat hæc reſponſio verbo. *Locaſti.* & rubricæ. Nunc fundamenta primæ ſententiæ referamus.

443. Adducunt ergo pro ſe 1. textum ex Inſtitutionibus pr. hujus tituli adductum, ubi dicitur, Locationem iiſdem regulis, quibus Emptio, definiri: atqui pretium emptionis eſt neceſſariò pecunia numerata. Ergo & merces locationis. Hoc tamen argumentum eſt leviſſimum: ſi enim per omnia convenirent emptio, & venditio, non eſſent duo genera contractuum, ſed unicum genus. Nemo autem ignorat, non unam, ſed innumeras eſſe differentias inter utrumque contractum, quas longo catalogo recenſet Card. Thuſcus. aliquas inde excerpam. Non omne quod vendi poteſt, hoc ipſo locari poteſt, ut patebit ex dicendis, v. g. Servitutis Ius vendi poteſt, non locari. Econtra aliqua locari poſſunt, non vendi, v. g. res prohibitæ alienari. 2. Venditio tendit ad transferendum dominiũ, non verò Locatio. 3. Res locata ſæpius tradenda eſt, ſi non poterat eſſe uſui, res empta non niſi ſemel. 4. Periculum rei emptæ ſtatim, etiam ante traditionem ad Emptorem pertinet, non ità periculum rei conductæ ad conductorem, &c. quomodo ergo iiſdem regulis ità definiuntur, ut inde inferre liceat: emptio requirit pecuniam numeratam: ergo & locatio? Intelligendus eſt ergo textus, quòd iiſdem regulis definiantur quoad modum contrahendi, nempe quòd abſolvantur ſolo conſenſu, & ſi quæ alia ſunt, nempe quòd uterque ſit bonæ fidei, & ſimilia, quæ natura utriusque contractûs ex communi uſu requirit.

444. Adducunt 2. legis 1. §. 9. *ff. depoſiti.* [Si quis ſervum cuſtodiendum conjecerit fortè in piſtrinum, ſi quidem merces intervenerit cuſtodiæ, puto eſſe actionem adversùs piſtrinarium ex conducto. Si verò mercedem accipiebam ego pro hoc ſervo, quem in piſtrinum accipiebat, ex locato me agere poſſe. Quodſi operæ ejus ſervi cum cuſtodia compenſabantur, quaſi genus locati & conducti intervenit: ſed quia pecunia non datur, præſcriptis verbis datur actio.] Hic tamen textus me nihil movet: intentio enim Iuriſconſulti fuit, docere, quòd operæ ſervi non habeant rationem mercedis, quia nec ſunt pecuniæ, nec res fungibiles, habentes publicum valorem taxatum, ad quæ nomen *pecuniæ* in Iure ſæpè extenditur, ut omnes nôrunt. Vlpianus ergo negat fore locationem, ſi pro cuſtodia cedant operæ, quia operæ non habent rationem mercedis, cùm non veniant nomine pecuniæ, ſicut veniunt illæ res quæ functionem recipiunt, & communiter habent publicum certum valorem, cui reſpondeat pecuniæ numeratæ certa quantitas. Itaque ſciendum, quòd *Pecuniæ* nomen in Iure tripliciter ſumi ſoleat. 1. Strictè pro pecunia numerata & ſignata. 2. Latiùs pro rebus fungibilibus, in pondere, menſura, & numero conſiſtentibus, ut in *l. 30. pr. ff. de leg.* 1. ubi expreſsè dicitur. *Talis ſcriptura*: quas pecunias legavi, &c. *Ad corpora legata non pertinet, ſed NB. ea, quæ pondere, numero, menſurâ continentur.* & hoc ſenſu dicimus accipi pecuniam in lege de qua diſputamus. 3. Latiſſimè, pro quovis corpore, vel quacunque re in noſtro patrimonio conſtituta, & jam exiſtente. quæ exceptio huc non pertinet.

Adducunt 3. legem 5. §. 2. *ff. de præſcript. verbis.* ubi dicitur. [At cùm do ut facias, ſi tale ſit factum, quod locari ſoleat, puta, ut tabulas pingas,

pingas, pro pecunia data locatio erit, ut in ſuperiore caſu (quando ſcilicet do pecuniam, ut rem accipiam) emptio. Si res ſit, non erit locatio, ſed naſcetur vel civilis actio in hoc quod meâ intereſt, vel ad reperendum condictio.] ℞. Niſi velimus cortici verborum pertinaciter inhærere, ſenſum à lege intentum eſſe facilem & clarum, nempe, quòd ſicut emptio eſt, ſi detur pecunia ſignificata per nomen *pretium* (quæ eſt numerata) ità locationem eſſe, ſi detur pecunia habens ex uſu recepto rationem *mercedis*, qualis non ſolùm eſt pecunia numerata, ſed etiam res conſiſtentes in numero, pondere, & menſura.

445. P. Molina adducit ex Inſtit. §. 3. & exclamat. (Quid quæſo dilucidiùs potuit dici?) Ego autem in hoc §. nihil lucis pro ſententia P. Molinæ perſpicio, quia in eo ſolùm excluditur à ratione mercedis res quæ utenda fruenda traditur, ità tamen ut ipſo uſu non conſumatur (cuiusmodi certè non ſunt res conſiſtentes in numero, pondere, & menſura) verba ſic ſonant. [Sicut vulgò quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contrahatur, ità quæri ſolebat de locatione, & conductione, ſi fortè, NB. rem aliquam fruendam ſive utendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam ſive fruendam aliam rem acceperit. & placuit non eſſe locationem & conductionem, ſed proprium eſſe genus contractûs:] ex quo (ut poſtea dicitur) detur actio præſcriptis verbis. Et, quæſo, quomodo in tali caſu, quo v.g. tibi do bovem, ut utaris, & tu mihi etiam des bovem, ut eo utar, poſſit eſſe locatio conductio, quando non eſt ulla ratio, cur unus præ altero ſit locator potiùs, quàm Conductor? Et hæc ſunt fundamenta hujus controverſiæ, quæ tamen omnium optimè decidetur ex locorum conſuetudine. Poſſent etiam leges utrique parti faventes conciliari, ſi diceremus, tunc ſaltèm poſſe mercedem conſtitui in fructibus, quando res fruenda conceditur. hoc enim ſaltèm probant leges pro 2. ſent. adductæ, & ità ſentit tandem Henricus Zæſius n. 5.

CONTROVERSIA III.

Qualis ſit Contractus, an Emptio Venditio, vel Locatio Conductio, quando quis pro pretio obligat ſe ad opus ex ſua materia conficiendum.

SUMMARIUM.

R*Eſeritur textus.* 446.
Quandonam obſtet Locationi, quòd artifex tribuat materiam. eod.

❧ (o) ❧

446. REſolvit hoc dubium Imperator §. 4. *Inſtit. h. t.* cum quo dicendum, eſſe Emptionem venditionem. [Item quæritur, ſi cum Aurifice Titius convenerit, ut is ex auro ſuo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet v.g. decem aureos, utrum Emptio venditio, an Locatio Conductio contrahi videatur. Caſſius ait, materiæ quidem emptionem venditionem contrahi, operæ autem locationem conductionem. Sed placuit, tantùm emptionem, & venditionem contrahi. Quodſi ſuum aurum Titius dederit, mercede pro opera conſtitutâ, dubium non eſt, quin locatio & conductio ſit.] Hoc ipſum habetur *l. 20. ff. de contr. empt.* [Sabinus reſpondit, ſi quam rem nobis fieri velimus etiam veluti ſtatuam, vel vas aliquod, ſeu veſtem, ut nihil aliud quàm pecuniam daremus, emptionem videri, nec poſſe ullam locationem eſſe, ubi corpus ipſum non detur ab eo, cui id fieret, aliter atque ſi aream darem, ubi inſulam ædificares, quoniam tunc à me ſubſtantia proficiſcitur.] Et clariùs *lege 65. ff. de contrah. empt.* habetur, quòd ſi conveniat inter me & Titium, ut certum numerum tegularum mihi det certo pretio: ſi quidem ex meo fundo tegulæ fiant, conductio erit: ſin ex Titii, erit venditio. [Toties enim conductio alicujus rei eſt, quoties materia in qua aliquid præſtatur, in eodem ſtatu ejusdem manet. Quoties verò & immutatur, & alienatur, emptio magis quàm locatio intelligi debet.]

Objici poſſet lex 22. §. 2. ff. h. t. [Cùm Inſulam ædificandam loco, ut ſuâ impensâ conductor omnia faciat: proprietatem quidem eorum ad me transfert, & tamen locatio eſt: locat enim artifex operam ſuam, id eſt faciendi neceſſitatem.] Ergo ad locationem ſufficit, operam locari, nec obſtat, quòd artifex etiam materiam ſuam tribuat. ℞. 1. Diſtinguendo conſequens, non obſtat tribui materiam ab artifice, ſi ejus dominium tranſeat in me formaliter vi contractûs, nego: ſi tranſeat, non formaliter vi contractûs, ſed potiùs per conſequentiam, vi ſoli cui inædificatur inſula, qui eſt modus acquirendi jure gentium, ut dictum eſt to. 1. tr. 5. concedo conſequentiam. Itaque concluſio procedit de translatione dominii vi contractûs, & tunc habet potiùs rationem emptionis. Reſponderi tamen poteſt. 2. negando, quòd in tali caſu tota materia Inſulæ in me transferatur ab ædificante inſulam in area mea. Nam, ut ex ultimis verbis legis 20. *ff. de contr. empt.* paulò antè recitatæ patet, area eſt maxima & præcipua pars Inſulæ, & illa jam antè erat conductoris: à potiori autem fit denominatio: ergò in tali caſu meritò dicitur eſſe potiùs Contractus locationis, quàm emptionis.

❧ (o) ❧

CON-

CONTROVERSIA IV.

Vtrum, ſicut in Contractu Emptionis, ità & Locationis is præferendus ſit, cui res locata priùs tradita.

SUMMARIUM.

Re duobus locata, an præferendus poſterior, ſi illi res eſt tradita. 447.
Intellectus legis 15. C. de rei vindic. *eod.*
Intellectus legis 26. ff. locati. 448.
Intellectus legis 32. ff. de rebus auctori Iud. poſſidend. *eod.*
Quid ſi primo conductori res fuiſſet tradita traditione fictâ. 449.
Quid ſi ſecundus conductor fraudi cooperatus eſt. *eod.*

HAnc quæſtionem pauci tractant, & pertinet ad cognoſcendam convenientiam venditionis cum Locatione. Quæritur ergo: ſi contractus locationis rei utendæ fruendæ primò cum Petro celebratus eſt, ſed fundus v. g. non eſt traditus, deinde celebretur cum Paolo, & fundus tradatur, Paulus ſit præferendus, ſicut diximus in contractu venditionis. Negat Iaſon.

447. Affirmandum tamen eſt cum Antonio Gomez. *to. 2. c. 2. n. 20. prope medium*, & Henrico Zoeſio. Probatur benè ab Ant. Gomez. Aut enim ipſe locator ageret contra ſecundum conductorem ad reſcindendum contractum, & hoc dici non poteſt, cùm potiùs teneatur ſervare contractum, & quia nemo poteſt ſuo facto contravenire, adeóq; ipſe potiùs tenetur actione locati: ergo multò magis daretur conductori exceptio ad retentionem. Vel primus conductor ageret contra ſecundum, & nulla poteſt ei competere actio: quia actio & obligatio perſonalis, quæ inerat locatori, non ſequitur fundi poſſeſſorem ſeu detentorem: ergo primus conductor habet ſolummodo actionem perſonalem adverſus locatorem, nempe ad intereſſe.

Objicit Iaſon. 1. ex lege 15. *C. de rei vindic.* quæ lex agit de caſu, quo transfertur dominium, vel aliquod jus reale quæritur per contractum, atque hoc non fit in locatione, etiam accedente traditione: ergo ſine jure dicitur, quòd poſterior conductor ſit præferendus. Lex ità habet. [Quoties duobus in ſolidum prædium jure diſtrahitur, manifeſti juris eſt, eum, cui priori traditum eſt, in detinendo dominio eſſe potiorem.] ℞. In illa lege reſponderi ad caſum ibi propoſitum. ex ratione autem legis illius, & aliarum legum colligitur, idem dicendum de locatione, nempe, quia per actualem traditionem conſummatur contractus locationis, ſicut contractus emptionis: & hæc eſt ratio, cur poſterior emptor ſit præferendus: atque hæc ratio in locatione pariter procedit. ergò &c.

448. Objicit. 2. Legem 26. *ff. Locati*, ubi dicitur, priùs ſatisfaciendū ei, qui prior conduxit. Ità eſt, ſed loquitur lex de caſu, quo neutri res eſt tradita, imò loquitur de operis. [In operis duobus ſimul locatis convenit priori conductori priùs ſatisfieri.]

Objici poſſet 3. *Lex 32. ff. de reb. auct. Iud. poſſidendis* (aliàs in Flor. edit. citatur ſub titulò de privilegiis creditorum, qui eſt tit. 6. libri 42. & lex eſt 17.) [Privilegia non tempore æſtimantur, ſed ex cauſa, & ſi ejuſdem tituli fuerunt, concurrunt, licèt diverſitates temporis in his fuerint.] Hac lege diſponitur, quòd quando plures creditores perſonales concurrunt, nullus præferatur ex anterioritate temporis. ℞. Hanc legem loqui de debito merè perſonali pecuniæ vel intereſſe: non item ſi ſint creditores perſonales ad factū ſibi præſtandum, quia tunc ſi concurrant in petendo, primus præfertur, quia factum eſt individuum, & ideo prius & totaliter eſt præſtandum primo conductori: & de hoc caſu loquitur Lex operis, paulò antè adducta.

449. Quæres. Quid ſi primo conductori: (idem eſt de emptore) res fuiſſet tradita traditione fictâ, & alteri traditione verâ & reali, quis tunc eſſet præferendus? ℞. primum eſſe præferendum. quia traditio ficta quoad juris effectus æquivalet traditioni veræ.

Advertit Gomez lo. cit. *ſecundò principaliter.* Si ſecunda venditio vel locatio & traditio fieret in fraudem primi emptoris aut conductoris, & ſecundus emptor vel conductor participavit de fraude, tunc etſi in ſecundum ſit tranſlatum dominium, quòd poſſet primus emptor remotâ traditionem revocare actione in factum revocatoria, quæ competit ad revocanda ea, quæ ſunt alienata in fraudem creditorum, arg. textûs in l. 1. & per totum tit. ff. de his quæ in fraudem credit. & l. 1. C. de revocand. his, quæ in fraud. cred. [Hæres qui poſt aditam hæreditatem ad eum cui res ceſſit, corpora hæreditaria tranſtulit, creditoribus permanſit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecerit, bonis ejus excuſſis, uſitatis actionibus (ſi tibi negotium geſtum fuerit) ea quæ in fraudem alienata probabuntur, revocabis.]

CONTROVERSIA V.

Vtrum Locatio ad longum tempus transferat dominium utile, & tranſeat in contractum Emphyteuſis.

SHMMARIUM.

COmmunis affirmativa ſententia à recentioribus immeritò reprobatur. 450.

Probatur de Locatione in perpetuum. 451.

Variæ adverſariorum reſponſiones inefficaces rejiciuntur. 452. *& ſeq.*

P. Molinæ probatio minùs efficax. 454.

Intellectus legis 39. ff. Locati. *eod.*

Intellectus legis 80. §. fin. ff. de contrah. empt. 455.

Intellectus legis 1. §. 1. ff. ſi ager vectigal. *eod. & ſeq.*

FUit antehac ſententia receptiſſima affirmativa, quam tradunt Covarruv. 2. *var. reſol. c.* 16. *n.* 1. Gomez, Alv. Valaſq. Clarus, uterque Molina, Leſſios, quos refert & ſequitur Palao *diſp.* 10. *p.* 1. *n.* 4. quibus addo Rebellum. *q.* 2.

450. Huic ſententiæ uno ferè ore ſe opponunt Neoterici Iuris Interpretes. Hunnius var. reſol. *lib.* 3. *tr.* 7. *par.* 2. *q.* 14. dicit eſſe opinionem proculdubio falſam, abſurdam, & à Iuris ratione prorſus alienam. Sed non ſatis ſolvit fundamenta contrariæ ſententiæ, imò aliqua nec tangit. Antonius Perez *n.* 15. *in hunc ti.. Cod.* nimis etiam fidenter dicit, contrariam ſententiam eſſe manifeſti juris, neque tamen ullum textum in contrarium adducit, neque ullum argumentum communis ſententiæ refert aut ſolvit. Hanricus Zæſius ait, contrarium rectiùs dici. Sed nec iſte ſolvit ſatis argumentum communis ſententiæ, ſicut nec Bocerus.

Mihi horum auctoritas tanti non eſt, ut à communi Theologorum ſententia recedam, cui adſtipulantur Canoniſtæ, & inſuper ex Iuriſtis poſt Bartolum Donellus *lib.* 9. *Comment. c.* 13. *& lib.* 13. *c.* 6. in fine. Hottomannus *ad §. adeo autem in v. de prædiis. Inſt. hoc tit.*

451. Probatur communis ſententia imprimis ſaltem de Locatione in perpetuum, hoc eſt, ſi ità locetur, ut quamdiu merces præſtetur, id auferre non liceat, ne quidem ab hæredibus ejus cui fruendum traditur: in qua locatione negant adverſarii transferri dominium utile. Attamen quòd transferatur, colligitur ex eo quòd habeat naturam contractûs Emphyteutici, & hoc probatur ex lege 1. *C. de officio comitis ſacri palat.* ubi pro eodem ſumuntur. *Ad palatinorum curam, & rationalium officiis omnium rerum noſtrarum, & totius NB. Perpetuarii, hoc eſt, Emphyteuticarii Iuris exactio revertatur.* Non habent adverſarii quod reſpondeant, quàm dicendo textum eſſe corruptum, & pro: *Hoc eſt*: eſſe legendum, *Vel.*

Probatur 2. Ex lege. 1. §. 3. ubi univerſim conceditur actio in rem ex locatione ad non modicum tempus, hoc eſt, (ut communiter accipitur) decennium, vel ultra. *Quòd ait Prætor*: Si actio de ſuperficie poſtulabitur, causâ cognitâ dabo: *Sic intelligendum eſt, ut ſi ad tempus quis ſuperficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et ſanè causà cognità, ei qui non ad modicum tempus conduxit ſuperficiem, in rem actio competet.*

452. Ad hunc textum reſpondet Zæſius (quem fateor me non intelligere, quid ad rem dicat) [in adducto textu ideo deſtingui inter modicum & longum tempus, quia agitur de conducta ſuperficie, in qua longum tempus hoc operatur, ut competat in rem actio: adhibita tamen cauſæ cognitione per Prætorem, qui cognoſcat de modo & conditione conductæ ſuperficiei.]

Aliter reſpondet VVeſenbecius, per locationem in longum tempus factam transferri dominium in dicta lege & §. 3. quia ibi ſuperficies fuit locata ad ædificandum, ædificatio autem non rectè nec commodè fit niſi à domino §. *cùm autem. Inſt. de rer. diviſ.* Quocirca cui ædificandi jus conceditur, ei utendæ pro arbitrio areæ jus, atque ità utile dominium conceſſum videri: in aliis autem locationibus etiam longis contra eſſe ex eo intelligitur, quòd conductoribus etiam longiſſimæ poſſeſſionis adimatur præſcribendi jus tanquam alienæ rei poſſeſſoribus. Ità VVeſenbecius. Quæ reſponſio non ſolùm eſt divinatoria, ſed textui manifeſtè contraria. Si enim lex adducta loquitur de conducta ſuperficie ad ædificandum, & ſi ædificatio non poteſt rectè fieri à non domino, cur ergo in eadem lege ſupponitur poſſe ſuperficiem conduci ad modicum tempus, abſque eo quòd detur conductori in rem actio, aut transferatur dominium? hæc ſanè non cohærent.

453. Aliter ergo reſpondent Connanus & Pinellus, hoc jus quod in adducto §. 3. traditur, eſſe ſingulare in ſuperficiario, ut, ſi non ad modicum tempus conduxerit, utilem in rem actionem, & ſic dominium habeat: ſpecialitatis autem hujus rationem in eo conſtituunt, quòd cùm ſuperficiarius ſit, qui ſuperficiem in alieno ſolo habet, reperiatur favor publicus, qui in ædificiis extruendis ac ponendis maximè militet, ne civitas ruinis deformetur. Hanc reſponſionem rejicit, ſicut & priores, ipſe Hunnius, quia ſi eſſent bonæ, etiam de tempore modico probarent, quod repugnat diſtinctioni quæ habetur in lege.

Denique ipſe Hunnius reſpondet, in caſu legis ſolùm dari actionem in rem utilem, non etiam directam: atqui actio in rem utilis non ſupponit neceſſariò dominium utile. quare autem

autem detur conductori ad longum tempus, non item ad breve, rationem dat, quia ſic placuit Prætori. Ità ille. ſcilicet, eſt pro ratione voluntas. Quòd autem actio utilis non præſupponat utile dominium, probat inde, quia etiam Publiciana in rem actio datur illi, qui nec directum, nec utile dominium habet. Verùm hæc inſtantia potiùs vulnerat quàm juvat cauſam Hunnii, nam Publiciana actio non datur, niſi illi, qui bonâ fide poſſidet, & pro domino habetur, eſto poſtea conſtet, eum non fuiſſe dominum. Ex his omnibus reſponſionibus apparet, non malè dixiſſe jam olim Molinam Juriſtam, textui allato nullam commodam reſponſionem adhiberi poſſe.

454. Probat denique P. Molina concluſionem ex eo, quòd ſub titulo: de rebus Eccleſiæ non alienandis, Clem. 1. prohibeatur locatio ad longum tempus: ergo ſupponitur eſſe alienatio. Ad hoc tamen fortè reſponderent adverſarii, hanc prohibitionem ſub illo titulo poni, vel quia communis ſententia ſupponebatur, vel quia in effectu & in ordine ad finem quem Eccleſia intendit prohibendo alienationem, perinde ſe habet locatio ad longum tempus, ſicut Emphyteuſis. Nunc argumenta adverſariorum, quibus (fortè ex contemptu) nullus Theologus manum admovit, videamus.

Objicit ergo Hunnius, & canit triumphum. 1. ex lege 39. *ff. hoc titulo*, ubi generaliter ac indiſtinctè de quavis locatione, nullo habito reſpectu temporis, pronuntiat Ulpianus, locationem non ſolere mutare dominium. Lex ità habet. *Non ſolet locatio dominium mutare.*

Reſponderi poteſt. 1. Ulpianum non ſine cauſa dixiſſe: *Non ſolere*: quia communiter non fit locatio ad longum tempus. Reſponderi poteſt. 2. Gloſſam illam legem ità intelligere, ut quando quis conducit rem ſuam, putans eſſe alienam, per hunc errorem non evadat locator dominus rei locatæ, & hoc nemo negat.

Objicit 2. Ex natura ac fine ipſius contractûs apparet, quòd hoc non agatur, ut proprietas rei locatæ in conductorem tranſeat. ℞. Neque nos dicimus proprietatem tranſire, hoc enim eſſet, dominium directum transferri. Deinde etiamſi contrahentes non intendant explicitè, transferre dominium utile, hoc tamen intendunt implicitè, dum primariò & principaliter volunt contrahere conformiter legibus: ergo quando volunt locare ad longũ tempus, & leges volunt tunc dari in rem actionẽ, hoc ipſo volunt transferre dominium utile, ſicut qui contrahunt matrimonium, nihil cogitantes de ejus inſolubilitate (ut Abyſſini, & alii hæretici) nihilominus contrahunt matrimonium inſolubile.

455. Objicit 3. Legem 80. §. *fin. ff. de contrah. empt.* ubi Labeo ſcribit: [Neminem poſſe videri eam rem vendidiſſe, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem tranſeat, ſed hoc aut locationem eſſe, aut aliud genus contractûs. Sed hoc nihil ad rem penitus. Nam lex loquitur de pacto non transferendi dominium proprietatis ſeu directum: hoc pactum facit ut non ſit venditio, ſed vel locatio (qualis etiam eſt Emphyteuſis, quæ ex hoc ipſo capite tractatur ſub titulo Locationis) vel alius contractus.

Eodem modo reſpondetur ad legem 65. *ff. eod.* eam loqui de translatione dominii proprietatis, dum ait: Toties conductionem alicujus rei eſſe, quoties materia, in qua aliquid præſtatur, in eodem ſtatu ejuſdem manet, quoties verò & immutatur, & alienatur, emptionem magis quàm locationem intelligi debere.

Objicit 4. textum, ut ipſe putat, apertiſſimum legis 1. §. 1. *ff. ſi ager vectigal*: ℞. cum gloſſa & communi DD. eſſe ibi ſermonem de dominio directo. quam legem, priuſquam referam, moneo, quòd in exemplari Colonienſi 1614. edito, grave mendum irrepſerit, cùm integra linea ſit omiſſa. Lex ità ſonat. [Agri Civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id eſt, hac lege, ut tam diu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipſis qui conduxerint, neque his qui in locum eorum ſucceſſerunt, auferre eos liceat. Non vectigales ſunt, qui ità colendi dantur, ut privatim agros noſtros colendos dare ſolemus (gloſſa explicat dicendo: in annum) Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt à municipibus, quamvis non efficiantur Domini (addit gloſſa: ſc. dominio directo) tamen placuit competere eis in rem actionem adversùs quemvis poſſeſſorem: ſed & adversùs ipſos Municipes.] Deinde lege 3. *Idem eſt, & ſi ad tempus* (gl. non modicum) *habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum ſit.*

456. Itaq; lex hæc potiùs nocet adverſariis, quia in ea ſumitur locatio ad longũ tempus pro eodem cum Emphyteuſi. Nam ut accuratè obſervavit P. Molina d. 445. quondam (ut dicitur in Inſt.) dubitatum fuit, an Emphyteuſis eſſet locatio, an verò diſtinctus contractus, & propter conjunctionem & affinitatem maximam, quam cum locatione habebat, unà cum locatione, atq; ſub nomine locationis latè ſumptæ de ea habitus fuit ſermo: unde in adducta lege cujus titulus eſt; *Si ager vectigalis, id eſt, Emphyteuticus petatur,* ſub nomine locationis de Emphyteuſi eſt ſermo. Quia verò illis temporibus, antequam lex Zenoniana propriam naturam Emphyteuſis ſtatueret, ſermo erat de Emphyteuſi ſub nomine Locationis latè ſumptæ, ideo in lege 39. ſup. cit. dictum eſt: *Non ſolet Locatio dominium mutare.* quâ innuitur, quamvis ut plurimùm dominium mutare non ſoleat, aliquando tamen mutare utile do-

le do-

Digitized by Google

le dominium, quando ſcilicet eſt in perpetuum, vel ad longum tempus. Hinc idem auctor notat, vocabula, *Emphyteuſis* & *Locatio*: æquivoca eſſe in iure, & apud DD. interdum enim locatio ſumitur latè, ut comprehendat Emphyteuſin etiam perpetuam: interdum verò preſsè, idque dupliciter, maximè apud DD. Uno enim modo ſumitur valde preſsè ac propriiſſimè pro ſola locatione ad modicum tempus, quâ dominium utile non transfertur, & quæ eſt contractus ſpecie diſtinctus ab Emphyteuſi latè ſumpta. Alio verò modo ſumitur aliquantò latiùs, ut excludat quidem Emphyteuſin perpetuam, aut etiam ad vitam: cæterùm, ut comprehendat etiam locationem ad decennium aut ultra, tempore definito.

CONTROVERSIA VI.

Quinam poſſint Locationis Contractum celebrare.

SUMMARIUM.

Milites prohibentur conducere fundum colendum. 457.

Curiales quoque prohibentur, niſi alicui in conductione ſuccedant. eod.

An Conductor poſſit rem conductam alteri locare. 458.

An ſecundus Conductor obligetur primo Locatori. 459.

An non ſolvente primo Conductore, poſſit ſecundus ſolvens expelli. 460.

457. P. Molina ponit Regulam univerſalem, eos omnes poſſe locare & conducere, qui emere & vendere poſſunt. Et ait, hoc eſſe ex ſe notiſſimum. Cæterùm, ipſe P. Molina d. 488. exceptiones admittit. Quare, ſicut ſolent Iuriſtæ in aliis ſimilibus regulam ſtatuere, ità & in præſenti ſtatuenda eſt, eos omnes poſſe hunc contractum celebrare, qui poſſunt celebrare alios, & non prohibentur ſpecialiter.

Imprimis ergo prohibentur conducere fundum colendum milites, ne ſcilicet omiſſo armorum uſu ad opus rurale ſe conferant: cùm potiùs armis occupari deceat. *l. 31. C. h. t.* [Milites noſtros alienarum rerum conductores, ſeu procuratores aut fidejuſſores, vel mandatores conductorum fieri prohibemus, ne omiſſo armorum uſu ad opus ruſtre ſe conferant, & vicinis graves præſumptione cinguli militaris exiſtant.] Et longè ſeveriùs *l. fin. eod.* ibi. [Jubemus itaque omnes omnino, qui ſub armis militant ſive majores ſive minores (Militea autem appellamus tam eos qui ſub excelſis Magiſtris Militum tolerare noſcuntur militiam, quàm qui in undecim devotiſſimis ſcholis taxati ſunt, nec non eos qui ſub diverſis optionibus fœderatorum nomine ſunt decorati) ſaltem impoſterum ab omni conductione alienarum rerum temperare, ſcituros, quòd ex ipſo contractu abdicati ſine aliquo facto vel aliqua ſententia cedant militiâ, &c.]

Secundò: Curiales licèt in re conducta ut hæredes alicui ſuccedere poſſint, ipſi tamen rerum alienarum conductores exiſtere nequeunt. [l. 30. C. eod. Curialis neque procurator, neq; conductor alienarum rerum, nec fide juſſor aut mandator conductoris exiſtat: alioqnin nullam obligationem neque locatori neque conductori ex hujuſmodi contractu competere ſancimus.] Excipitur tamen, ſi domum conduxerit, cùm propriam non habet. item ſi alicui in conductione ſucceſſerit. *l. 4. ff. de decurionib.* [Decurio qui prohibetur conducere quædam, ſi jure ſucceſſerit in conductione, remanet in ea, quod in omnibus ſimilibus ſervandum eſt.]

458. Quæſitum eſt, an Conductor ipſe poſſit rem conductam alteri locare. ℞. 1. Si conduxit ad longum tempus, ità ut habeat vim Emphyteuſis, tunc diſcurrendum eſt ſecundùm ea quæ dicta ſunt de Emphyteuſi, ubi diſputatum eſt, ad qualem alienationem requiratur conſenſus domini directi. Quod tamen immeritò extendit Fulgoſius ad locationem ad modicum tempus: nam talis locatio non eſt alienatio. ℞. 2. Si conduxit ad modicum tempus, poteſt alteri, æquè tamen idoneo locare. *l. 6. C. h. t.* [nemo prohibetur rem quam conduxit, fruendam alii locare, ſi nihil aliud convenit.] & *l. 48. ff. eod.* [Si cui locaverim faciendum, quod ego conduxeram, conſtabit habere me ea locato actionem.] & *l. 60. eod.* [Cùm in plures annos domus locata eſt, præſtare locator debet, ut non ſolùm habitare conductor ex Calendis illis cujuſque anni, ſed etiam locare habitatori, ſi velit, ſuo tempore poſſit.]

459. Dubitatum eſt 2. An ſecundus conductor obligetur domino primo locatori. ℞. Non obligari quidem aliquâ actione perſonali; nam inter illos nihil actum eſt; quæ tamen ſecundus conductor intulit in domum locatam, ea manent tacitè oppignorata domino pro penſione ſolvenda: quodſi ſecundus conductor ſolviſſet primo conductori, & reſpectivè locatori, eſt liberatus ab omnibus, etiamſi ante tempus ſolvat. *l. 11. §. 5. ff. de pignor. act. ibi,* [Unde ſi domum conduxeris, & ejus partem mihi locaveris, egóque locatori tuo penſionem ſolvero: pignoratitiâ adverſùs te potero experiri: nam Iulianus ſcribit ſolvi ei poſſe: & ſi partem tibi, partem ei ſolvero, tantundem erit dicendum: planè in eam duntaxat ſummam, invecta mea & illata tenebuntur, in quam cænaculum conduxi: non enim credibile eſt, hoc conveniſſe, ut ad univerſam penſionem inſulæ frivola mea tenentur.] Quin imò etiam fructus nati in fundo ruſtico ſunt tacitè obligati primo Locatori. l. 24. §. 1.

Digitized by Google

§. 1. ff. Locati. [Si colonus locaverit fundum; res poſterioris conductoris dominio non obligantur, ſed fructus in cauſa pignoris manent; quemadmodū eſſent, ſi primus colonus eos percepiſſet.] Qui textus videri poſſet contrarius textui priori; ubi dicebatur res invectas eſſe obligatas primo locatori. Reſpondet tamen gloſſa tripliciter. 1. aliud eſſe in urbanis, (de quibus loquitur prior illa Lex) & aliud in ruſticis (de quibus loquitur lex poſterior.) 2. quòd hîc dicantur non eſſe obligatæ in totum, ibi verò, quòd ſint obligatæ in partem. 3. quòd res poſterioris non fuerint invectæ, ſed expreſſâ conventione obligatæ primo colono.

Objicies. Actio hypothecaria non poteſt ſtare ſine obligatione perſonali; ergo ſi ſecundus conductor non eſt perſonaliter obligatus primo locatori, nec res illius aut fructus poſſunt eſſe obligari. ℞. Satis eſſe, quòd obligatio realis fundetur in obligatione perſonali primi conductoris.

460. Dubitatum eſt 3. An ſi ſecundus conductor ſolvat primo conductori, ſed primus non ſolvat locatori, an poſſit ſecundus conductor expelli. ℞. Negativè. Quia ille nihil deliquit, & virtute ſui contractûs in Iuribus adductis fundati rem locatam detinet.

CONTROVERSIA VII.

De Materia idonea Locationis.

SUMMARIUM.

An res aliena poſſit validè locari. 461.
An ſervitutes locari poſſint. 462.
Diſparitas inter Servitutes, & jus Pedagii & vectigalis. eod.
An Feudum locari poſſit à Vaſallo. 463.
An Majoratus locari poſſit, & quomodo. eod.
An Operæ diurnæ, menſtruæ, annuæ locari poſſint: & quæ Operæ locari ſoleant. eod.
An Nobiles poſſint operas ſuorum ſubditorum ruſticorum, quibus ipſi non indigent, aliis locare aut delegare. 464.
An res fungibiles locari poſſint, 465.
An ſubſiſtat locatio rei quam puto meam, cùm ſit conductoris. 466.
An retinere poſſit omiſſâ vendicatione, qui rei ſuæ poſſeſſionem conduxit. 467.
Quomodo poſſint locari res Eccleſiaſticæ. remiſſivè. 468.

Regula generalis eſt, res omnes quæ hominum commercio non ſunt exemptæ, poſſe locari, niſi ſpecialiter ſint exceptæ, ſicut res Eccleſiaſticas non poſſe ultra trienoium formaliter ſumptum (hoc eſt fructuoſum) locari dictum eſt *tract.* 4. ubi de bonis Eccleſiæ non alienandis actum eſt.

461. QUÆRITUR 1. An res aliena locari poſſit, ità ut contractus valeat. ℞. Sicut res aliena vendi poteſt, ità & locari: quia cùm hic contractus ſolo conſenſu perficiatur, non acquiritur conductori Ius reale in re aliena, ſed jus perſonale.

QUÆRITUR 2. An res conducta poſſit alteri locari. De hoc actum eſt controv. præcedente.

462. QUÆRITUR 3. Utrum ſervitutes poſſint locari. Diſtinguendum eſt inter Servitutes Reales; & Perſonales. Servitutes reales non poſſunt locari, nec à Domino fundi dominantis, nec à Domino ſervientis. *l.* 44. *ff. h. t. Locare ſervitutem nemo poteſt.* Loquendo de ſervitutibus perſonalibus, iterum diſtinguendum eſt. Nam qui habet præcisè ſervitutem uſûs; eam alteri locare non poteſt, ut conſtat ex diſputatis de Servitutibus. Uſusfructus verò & Habitatio poſſunt locari, ità tamen ut contractus Locationis finiatur finito uſufructu, ut ibidem dictum eſt per regulam: quòd reſoluto Iure dantis reſolvatur etiam ius accipientis. Unde; ſi fortè conductor in antecesſum ſolviſſet uſufructuario ultrà illud tempus, quo per conſolidationem cum proprietate finitur, reſtituendum eſt ab hæredibus. Secùs; ſi ſumptus in fundo fecit. *l.* 9. §. 1. *ff. h. t.* ibi. [Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, & deceſſerit, hæredem ejus non teneri, ut frui præſtet, non magis quàm inſulâ exuſtâ teneretur locator conductori. Sed an ex locato teneretur conductor, ut pro rata temporis quo fruitus eſt, penſionem præſtet; Marcellus quærit: quemadmodum præſtaret, ſi fructuarii ſervi operas conduxiſſet, vel habitationem: & magis admittit, teneri eum, & eſt æquiſſimum. Idem quærit; ſi ſumptus fecit in fundum, quaſi quinquennio fruiturus, an recipiat? & ait; non recepturum: quia hoc evenire poſſe proſpicere potuit.] Subintelligendum tamen eſt: niſi aliud pactum eſſet.

Contra dicta objici poſſet 1. Ius vectigalis atque Pedagii poteſt locari: non obſtante; quòd ſint Iura realia: ergo etiam ſervitutes reales. ℞. Negando paritatem. Nam Regula generalis à Bartolo tradita eſt; quòd Iura etiam realia, ſi principaliter ſpectent commodum & utilitatem perſonæ, & non prædii, poſſint locari, non locato fundo ſeu prædio. Non item ſervitutes reales, utpote quæ principaliter utilitatem prædii dominantis ſpectant: ergo locari non poſſunt, niſi locato prædio.

Objici poſſet 2. Uſusfructus eſt Ius perſonale: ergo locari non poteſt. Probatur conſequentia. Ius quod perſonæ inſeparabiliter inhæret, ab ea in aliam transferri non poteſt. ℞. Negando ſuppoſitum, quòd ad locandum uſumfructum neceſſe ſit Ius uſusfructûs transferri:

ſemper enim ab Uſuſructuario retinetur. *l. 38. ff. de Vſufr. Non utitur Vſufructuarius, ſi nec ipſe utatur, nec nomine ejus alius: puta qui emit, vel qui conduxit, &c.*

463. QUÆRITUR 4. An Feudum poſſit locari à Vaſallo. ℞. Affirmativè. *tit. 9. lib. 2. feud. §. donare.* ibi. *Licèt poſſet locare, niſi locatio eſſet fraudulenta alienatio.* Quare, ſuppoſitâ ſententiâ communi, & ſuperiùs traditâ, quòd locatio ad longum tempus ſit alienatio, talis locatio feudi ad longum tempus non tenebit ſecundùm ea quæ in tract. de Feudis copiosè dicta ſunt. Quam ſententiam tenent etiam Vulteius *in comment. Feud. c. 10. n. 48.* Zaſius *in ſua Epit. p. 9. n. 12.* Sonsbecius *p. 12. n. 84.*

Hinc ſequitur, Majoratum quoque locari poſſe ad modicum tempus, intra quod ſi Locator moriatur, reſolvitur contractus, ut patet ex dictis de Vſuſructu.

QUÆRITUR 5. An operæ diurnæ, menſtruæ, annuæ locari poſſint. ℞. Affirmativè (intelligendo honeſtas: nam ad inhoneſtas nemo ſe poteſt obligare, cùm detur obligatio in remittendi.) l. 38. ff. h. t. *Qui operas ſuas locavit, totius temporis mercedem accipere debet.*

Movent aliqui hic quæſtionem, quænam operæ ſoleant locari. Quæ tamen quæſtio plus eſt facti, quàm Iuris. Donellus & cum eo Hunnius dicunt, ea facta ſolita eſſe locari, quæ quis noſtro nomine exercet, aut in re noſtra, aut in noſtra perſona, pro certa mercede ipſi conſtituta. Locantur operæ in re noſtra v.g. ſi tecum convenio, ut domum meam exteriùs depingas, ut in area mea ædifices, ut jam ſuprà declaratum eſt; ubi etiam dictum eſt, quòd quando alter rem mihi ex ſua materia confectam tradit, potiùs ſit venditio.

464. QUÆRITUR 6. Utrum Nobiles poſſint operas ruſticorum ſuorum ſubditorum, quibus ipſi non indigent, aliis locare, aut delegare. Ratio dubitandi & affirmandi erat, quia ejuſmodi ſervitia, quæ ſubditi Nobilibus, vel aliis Dominis præſtare tenentur, vocantur operæ fabriles, vel artificiales, aut opificiales, ut habet Tuſchus *v. Operæ. concl. 147. n. 5.* atqui operæ fabriles poſſunt alteri cedi, ut tradit Iaſon, & alii.

Scabini Lipſienſes, ut refert Berlichius Deciſ. 67. negativè reſponderunt. Ipſe Berlichius meliùs diſtinguit. Si enim neceſſitas immineat, ut ſi Dominus ære alieno ſit oppreſſus, poteſt ſubditis ſuis imponere ſubſidium charitativum uſque ad valorem operarum, vel eis mandare, ut aliis pro eiſdem operis ſerviant. Quod etiam tradiderat Baldus *in l. ſi tempore. C. de oper. libert. n. 12.* quod ego limitandum exiſtimo, niſi Dominus ſuâ culpâ, v. g. luxu aut prodigalitate in eam neceſſitatem perveniſſet: ad hujuſmodi enim neceſſitatem ſublevandam per operas quibus alioquin Dominus non indiget, ſubditi non obligantur, cùm inde nullum commodum ſperare poſſint.

Extra hujuſmodi neceſſitatem negat benè Berlichius, id Dominis licere. 1. Quia ejuſmodi ſervitia potiùs ſunt operæ obſequiales, & officiales, ſive ſerviles, quales non poſſunt aliis cedi, aut delegari, ut habetur lege 26. §. 12. *v. ſed ſi delegatus. ff. de condictione indebiti.* ibi. [Sed ſi delegatus ſit à patrono officiales operas, dicit Marcellus non teneri eum, niſi fortè in artificio ſint, hæ enim jubente patrono, & alii edendæ ſunt.] 2. Quia hujuſmodi ſervitia hodie dicuntur eſſe realia, & prædiis inhærere, adeo ut illi tantùm debeantur, ad cujus dominium directum prædia pertinent. Vel certè ſi non cohærent prædiis, cohærent perſonæ, cui debentur. *l. 9. ff. de Operis libert.* [Operæ in rerum natura non ſunt: ſed officiales quidem futuræ, nec cuiquam alii deberi poſſunt, quàm patrono, cùm proprietas earum, & in edentis perſona, & in ejus cui eduntur conſiſtit. Fabriles autem aliæve ejus generis ſunt, ut à quocunque cuicunque ſolvi poſſint. Sanè enim ſi in artificio ſint, jubente patrono, & alii edi poſſunt.] 3. Probatur à paritate Vaſallorum, quorum ſervitia, ſi Dominus directus non eget, non tenentur, eo jubente, alteri exhibere.

465. QUÆRITUR 7. An res fungibiles, conſiſtentes in numero, pondere, vel menſura, locari poſſint. ℞. Non aliter niſi fortè ad pompam & oſtentationem. Ratio eſt imprimis à pari, quia tales res commodari non poſſunt. *l. 3. §. fin. ff. commodati. Non poteſt commodari quod uſu conſumitur, niſi fortè ad pompam vel oſtentationem quis accipiat.* Ratio verò ex natura contractûs deſumpta eſt, quia in locatione res conceditur ad uſum abſque translatione dominii, & ut elapſo termino locationis reſtituatur: atqui uſus rerum fungibilium eſt ipſa conſumptio ſeu abuſus: ergo non poſſunt locari.

466. QUÆRITUR 7. An ſubſiſtat locatio, quâ tibi loco rem, quæ tua eſt, putans eſſe meam. ℞. Negativè. l. 20. C. h. t. ibi. *Qui rem propriam conduxit, exiſtimans alienam, dominiū non transfert* (in locatorem) *ſed ineſſicacem locationis contractum facit.* Valeret tamen Conductio ſi ſubeſſet tacita clauſula Conſtituti, quâ quis vellet rem alterius nomine poſſidere, & ſic cenſeretur transferre dominium per hujuſmodi fictā & virtualem traditionem, v. g. vendidi tibi fundum, ſed quia necdum tradidi, maneo Dominus. jam ſi fundum à te conducerem, tacito conſtituto transferrem dominium & poſſeſſionem, ut obſervavit Georg. VVidman, & habetur in *l. 77. ff. de R. V.* [Quædam mulier fundum ità non marito donavit per Epiſtolam, & eundem fundum ab eo conduxit, poſſe defendi, in rem ei competere, quaſi per ipſam acquiſiverit poſſeſſionem, veluti per colonam.]

467. QUÆ-

467. QUÆRITUR 8. Si quis rei ſuæ poſſeſſionem conduxiſſet, an eam finito locationis tempore reſtituere, & deinde primùm vindicare, vel an ſtatim retinere poſſit. Reſpondet citatus Auctor, eſſe priùs poſſeſſionem reſtituendam, & deinde primùm de proprietate litigandum, & habetur *l. 25. C. Locati.* [Si quis Conductionis titulo agrum, vel aliam quamcunque rem accepit, poſſeſſionem priùs reſtituere debet, & tunc de proprietate litigare] Ex hac tamen lege ſolùm probatur, ità eſſe dicendum, ſi Ius dubium ſit, aut certè non evidens: nam ſi certus eſſet Conductor, rem eſſe ſuam, & poſſet dominium excipiendo in continenti probare, non obligat lex ad rem reſtituendam, quam quis ſtatim iterum repetere poteſt. præſertim ſi ſubeſſet magna difficultas, & periculum recuperandi.

468. Quæri poſſet ultimò, quomodo poſſint, vel non poſſint locari res Eccleſiaſticæ ſine ſolennitatibus ad alienationem requiſitis. De hoc actum eſt *tract. 4. n. 100.* videri poteſt Covarruvias *lib. 2. var. Reſol. c. 16.* & obſervanda Conſtitutio Pauli II. quæ incipit. *Ambitioſæ*, quæ habetur inter extrav. communes. *de reb. Eccleſ. non alienandis.* ubi locatio ultra triennium prohibetur, quod Covarr. intelligit de rebus ſingulis annis fructus ferentibus.

CONTROVERSIA VIII.

An Contractus Locationis tranſeat ad Succeſſorem.

SUMMARIUM.

AN hæredes tam Locatoris, quàm Conductoris teneantur inſiſtere contractui, necdum ad finem perducto. 469.

Quid ſi adjectum ſit: quoad voluerit is qui locavit. *eod.*

An Emptor rei locatæ teneatur ſtare contractui Venditoris. 470.

Quid ſi ſolum dominium utile vendatur. 471.

Quid ſi locatio facta eſſet ad longum tempus. 472.

Si Emptor velit locationem continuare, an Conductor teneatur. 473.

An Fiſcus ſuccedens in bonis confiſcatis teneatur ſtare contractui facto per condemnatum Locatorem. 474.

An condemnatus teneatur Conductori ad intereſſe, ſicut teneretur, ſi rem vendidiſſet. eod.

An Fideicommiſſarius teneatur ſtare contractui locationis factæ ab hærede gravato. 475.

An poſſit Conductor agere adversùs Locatoris hæredem gravatum, ad intereſſe. 476.

An Minorennis teneatur ſtare contractui facto à ſuo Tutore quà tali. 477.

An ſoluto matrimonio, & re dotali priùs à marito locatâ, teneatur uxor ſtare contractui. 478.

Reſolutio Antonii Gomez. Præfertur tamen opinio aſſerentium, uxorem teneri ſi locatio facta ſit ad modicum tempus. 479. *&* 482.

Intellectus legis 25. §. 5. ff. ſoluto matrim. 481.

469. REgula eſt, hæredem tam Locatoris, quàm Conductoris teneri inſiſtere contractui, necdum ad finem perducto, nec poſſe, altero invito à contractu recedere. Ratio eſt, quia hæres ſuccedit in omnes obligationes defuncti: ergo ſicut defunctus tenebatur contractum obſervare, ità & hæres: quod eleganter expreſſit Imperator Gordianus in l. 10. C. h. t. ſic ſcribens Pomponio. [Viam veritatis ignoras in Conductionibus, non ſuccedere hæredes Conductoris exiſtimans: cùm ſive perpetuò conductio eſt, etiam ad hæredes tranſmittatur: ſive temporalis, intra tempora locationis hæredi quoque onus contractûs incumbat.] Et in hoc differt iſte Contractus à Contractu Societatis, & Mandati, qui Contractus non tranſeunt ad hæredem.

Sed quid ſi Locatio ità facta ſit: *quoad voluerit is, qui locavit*: an morte illius ſolvetur? ℞. Affirmativè. *l. 4. ff. h. t. Locatio ità facta*; quoad is qui eam locâſſet, dediſſetve, vellet. *Morte ejus qui locavit, tollitur.* Ratio eſt, quia poſt mortem nemo ampliùs velle poteſt: ergo ceſſante causâ conſervativâ ceſſat Contractus pendens ab illa.

Procedit Regula etiam quando materia Contractûs conſiſtit in facto, vel artificio: niſi tale eſſet, quod perſonæ inhæreret, & per hæredem præſtari non poſſet.

Major difficultas eſt circa Succeſſores particulares, an in eos tranſeat obligatio Anteceſſoris.

470. DUBITATUR ergo 1. De Emptore rei locatæ, an teneatur ſtare contractui Locatoris Venditoris. ℞. Si emit ab alio, quàm à Fiſco, negativè: poſſet enim expellere Conductorem: qui tamen habet actionem perſonalem adversùs Locatorem aut hæredes illius ad intereſſe præſtandum, ut ſolvat, quantùm Conductoris intererat contractum fuiſſe ad finem perductum. *l. 9. C. h. t.* [Emptorem quidem fundi neceſſe non eſt ſtare colono, cui prior Dominus locavit, niſi eâ lege emit: verùm, ſi probetur aliquo pacto conſenſiſſe, ut in eadem Conductione maneat, quamvis ſine ſcripto, bonæ fidei judicio ei quod placuit parere cogetur.] & *l. 25. §. 1. ff. eod.* [Qui fundum fruendum, vel habitationem alicui locavit, ſi aliqua ex cauſa fundum, vel ædes vendat, curare debet, ut apud Emptorem quoque eâdem pactione & colono frui, & inquilino habitare liceat, alioquin prohibitus, is aget cum eo ex conducto.] Conſentit Ius Bavaricum tit. 17. a. 5.

Quod ſi verò emit à Fiſco, tunc ex ſpeciali privilegio Fiſci non poteſt Conductorem expellere, ut habetur in lege fin. *ff. de Iure Fiſci.* ibi.

Sed Colonum quidem percipere fructus debere, Emptorem verò penſionem ejus anni accepturum. & additur ratio. *Ne Fiſcus Colono teneretur, quòd ei frui non licuiſſet.*

471. Reſponſio procedit non ſolùm quando locator vendit vel alienat alio modo dominium proprietatis Rei locatæ, verùm etiam quando ſolùm alienat dominium utile, vel uſum fructum: quapropter Emphyteuta, Feudatarius, Uſufructuarius, poſſunt expellere Conductorem. habetur expreſsè in *l. 59. §. 1. ff. de Uſufr. ibi.* [Sed ad exemplū venditionis, niſi fuerint ſpecialiter exceptæ, poteſt Uſufructuarius conductorem repellere.] Ratio eſt: quia ut paulò antè dictum eſt, Conductor non habet niſi actionem perſonalem adverſùs Locatorem: atqui uſufructuarius comparat jus in re: ergo ad nihil tenetur Conductori vi præcedentis Locationis.

472. Sed quid ſi locatio fuiſſet ad longum tempus, adeoque (in noſtra ſententia ſuperiùs defenſa) Conductori competeret jus in re, tanquam habenti utile dominium? Tunc locatoris ſucceſſor particularis in proprietate teneretur ſtare contractui, ob rationem oppoſitam. Ob eandem rationem idem dicendum eſſet, ſi Conductori fuiſſet res locata oppignorata, ſive generali ſive ſpeciali *hypotheca*. jam enim acquiſiviſſet jus in re, poſtéque rem locatam pignoris loco retinere, donec ſibi ſatis fieret quoad intereſſe locationis non obſervatæ, ut tenet Bartolus in leg. 32. ff. h. t. dicens, ità ſe in facto obtinuiſſe. Quem ſequuntur cæteri Interpretes.

Sed contra priùs dicta objici poſſet. Si in pactum deductum eſt, ut emptor non poſſit Conductorem expellere, tunc non poteſt expelli ab emptore, ut ſupponitur in lege 9. C. h. t. illis verbis: niſi eâ lege emit. atqui etiam hoc caſu non habet conductor niſi actionem perſonalem adverſùs locatorem: ergo non poſſet ex pacto inito cum emptore juvari, ſi ratio allata bona & ſolida eſſet. Ad hoc reſpondet Gomez (iterum ut ſuo judicio ſolet, ſubtiliter) quòd junctim cum illa actione perſonali concurrit jus reale retentionis, & detentionis, quàm habet in ea conductor: quia ſicut in re poteſt dari & conſiderari dominium & poſſeſſio, ità etiam detentio, quæ affert maximum commodum, & ſaltem jus retentionis. Hæc tamen reſponſio mihi nec ſubtilis videtur, nec ſolida: non ſubtilis, quia eſt manifeſta petitio principii, quæritur enim, cur in huc caſu maneat jus retentionis, non item manſurum, ſi emptor illud pactum non iniviſſet. Non ſolida: quia etiam procederet in caſu non adjecti pacti, ſi ratione retentionis conductor haberet æquivalenter aliquod jus in re. Aliter ergo reſpondeo, Conductorem vi illius pacti acquirere jus perſonale contra emptorem, quia vigore legis adductæ hanc actionem tacitè cedit Locator Conductori, niſi malit à Conductore conveniri ad intereſſe. arg. *l. 33. ff. h. t. ibi.* [Nam etſi colonus tuus fundo frui à te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, poſſis, tantum ei præſtabis, quanti ejus intereſfuerit frui.]

473. DUBITATUR 2. Si Emptor velit contractum Locationis continuare, an Conductor quoque teneatur. ℞. Negativè. *l. 32. ff. h. t.* [Qui fundum colendum in plures annos locaverat, deceſſit, & eum fundum legavit. Caſſius negavit, poſſe cogi colonum, ut eum fundum coleret: quia nihil hæredis intereſſet.] Ratio eſt, quia æquitas non patitur, ut emptori competat jus expellendi colonum ſeu conductorem, & non pariter Conductori competat jus recedendi à Locatione. Cæterùm eſt aliqua admittenda diſpar conditio inter emptorem & conductorem. Nempe poſſet locator cedere emptori actionem quam habet adverſùs Conductorem, ut ſtet contractui, quâ actione ſi uti velit emptor, hoc *ipſo* ſe etiam obligat ad ſtandum contractui.

474. DUBITATUR 3. An Fiſcus ſuccedens in bonis confiſcatis, teneatur ſtare contractui locationis factæ per condemnatum locatorem. In quo puncto diſtinguendum eſt, utrum fiſcus ſuccedat in bona determinata, & tanquam ſucceſſor particularis, vel an tanquam ſucceſſor univerſalis, in univerſitatem bonorum.

Loquendo de priore caſu. Reſpondetur ad dubium negativè. Ratio eſt, quia ſe habet ſicut quivis alius ſucceſſor particularis. Verùm,

Controverſum eſt, utrum condemnatus teneatur conductori ad Intereſſe, ſicut teneretur, ſi rem vendidiſſet. P. Molina d. 491. poſtquam rotundè dixiſſet: [ſed neque condemnatus tenetur tunc conductori ad intereſſe, ſed ſolùm ad remiſſionem penſionis, aut reſtitutionem illius, ſi illam jam acceperat, pro reliquo temporis, quo ea de cauſa non licuit conductori re illâ frui:] dixiſſétque, utrumque haberi in *l. ſi fundus ff. locati.* poſtea tamen quaſi dicti pœnitens magis propendet in partem affirmantem, exiſtimans, legem adductam fortaſſe non loqui de publicatione ob maleficium locantis, ſed in bonum publicum, ut daretur militibus. Nam lex apertè docet, ſi per locatorem ſteterit, quominus conductor frueretur re locatâ, ſaltem quia efficere potuit, ut alius non impediret eum illâ frui, tunc teneri illi etiam ad intereſſe: atqui quando culpâ locantis confiſcatur res locata, eáque de cauſa conductor prohibetur à fiſco eâ frui, utique locator abſtinendo ab ea culpa efficere potuit, ac debuit, ut conductor non prohiberetur à fiſco frui: ergo juxta illam ipſam legem tenebitur locator conductori. Ità Molina. Verùm, ſi

textus

Digitized by Google

textus attentè conſideretur, non videtur admittere interpretationem Molinæ: tunc enim ſolùm condemnat locatorem ad intereſſe, quando vel ipſe locator impedit conductorem ab uſu, vel alius quem locator poſſet prohibere, ne impediret: atqui fiſcum non poteſt impedire. ergo tunc non tenetur. Lex 33. ergo ſic habet. [Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus ſit, teneri te (*ſecundùm Africanum*) actione ex conducto, ut mihi frui liceat: quamvis per te non ſtet, quominus id præſtes. Quemadmodum, inquit, ſi inſulam ædificandam locâſſes, & ſolum corruiſſet, nihilominus teneberis. Nam etſi vendideris mihi fundum, iſque priùs quàm vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto: NB. quod hactenus verum erit, ut pretium reſtituas: non ut etiam id præſtes, ſi quid pluris mea interſit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur & circa conductionem ſervandum puto, ut mercedem quam præſtiterim, reſtituas, ejus ſcilicet temporis quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto præſtare cogeris. Nam NB. & ſi colonus tuus fundo frui à te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat poſſis: tantum ei præſtabis, quanti ejus interfuerit frui, quo etiam lucrum ejus continebitur. Sin verò ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei, quàm mercedem remittere, aut reddere debebis.] Neque favet Molinæ gloſſa quam citat, nam licet gloſſa dicat: ea g. *ut daretur militibus* ſtatim tamen addit: *vel ex cauſa maleficii alicujus.* Æquè parum juvat, quòd locator eatenùs potuiſſet impedire confiſcationem, ſi non deliquiſſet. nam lex non dicit: *impedire*: ſed: *prohibere.* Unde meritò Lugo recedit ab hac doctrina rigida, quia Locator non cenſetur in talem caſum adeo remotum conſenſiſſe. alioquin idem dicendum eſſet, ſi ex culpa aliqua alium ad iram commoviſſet, qui fundum deinde deſtruxiſſet.

Loquendo nunc de Fiſco ſucceſſore univerſali, reſpondetur, eum teneri inſtar hæredis ſtare contractui locatoris cui ſuccedit. Colligitur ex lege 2. *C. ad legem Iuliam de Vi publica.* [Tutoris tui lege Iulia de vi privata damnati, ſi tertia pars bonorum fiſco vindicata eſt, tutelæ actionem pro eâ portione adverſùs fiſcum dirigere. Nam ſucceſſio pro oneribus portionis ſuæ reſpondet.]

475. DUBITATUR 4. An fideicommiſſarius teneatur ſtare contractui locationis factæ ab hærede gravato. ℞. Negativè. Ratio eſt, quia hæres gravatus non habet jus diſponendi de fideicommiſſo in tempus reſtitutionis faciendæ, quia tenetur ſine onere reſtituere, ſine quo illud accepit. Unde iterum locus eſt regulæ ſup. adductæ: Reſoluto jure dantis reſolvitur jus accipientis. Quapropter etiam Conductori integrum eſt à contractu recedere, etiamſi fideicommiſſarius vellet continuare: nam ſi contractus utrinque oneroſus claudicaret, non ſervaretur æqualitas.

476. Quæres. An poſſit Conductor agere adverſùs Locatoris hæredem gravatum, ad intereſſe. ℞. Cum diſtinctione. Si enim Conductorem inſcium decepit, diſſimulando gravamen fideicommiſſi, tenebitur utique hæres in conſcientia, ob dolum ab anteceſſore commiſſum. Si verò conductor gravamen ſcivit, & per conſequens agnovit, contractum non poſſe ulteriùs extendi ad fideicommiſſarium, non poterit agere ad intereſſe, ſed ad mercedem repetendam, ſi quam in anteceſſum ſolvit. Quòd teneatur locator quando diſſimulavit gravamen, colligitur à paritate uſufructuarii, de quo lege 9. §. 1. *verſu, Quid tamen,* ſic ſtatuitur. [Quid tamen ſi non quaſi fructuarius ei locavit, ſed quaſi fundi dominus? videlicet tenebitur, decepit enim conductorem.]

477. DUBITATUR 5. Utrum Minorennis teneatur ſtare contractui facto à ſuo tutore quâ tali. Communis ſententia affirmat. & attentâ ratione, quâ ſe fundat, omnino tenenda eſt: nam quivis tenetur ad id, ad quod ut teneretur, legitimè ſuo nomine alius geſſit. Ius tamen quod pro ſe adducunt DD. non probat intentum, quin potiùs probare videtur oppoſitum, nempe, quòd non teneatur niſi tunc, quando Tutor celebravit contractum ex neceſſitate, nempe juſſus à teſtatore, eſt autem lex 8. *ff. de adminiſtr. tut.* [Si tutelæ agat is, cujus tutela adminiſtrata eſt, dicendum eſt, nonnunquam diem creditæ pecuniæ exſpectandum, ſi fortè tutor pecunias crediderit pupilli nomine, quarum exigendarum dies nondum venit: ſanè quod ad pecunias attinet, NB. ità demum verum eſt, ſi potuit & debuit credere: cæterùm ſi non debet credere, non exſpectabitur.] Ne ergo lex hæc communi ſententiæ obſtet, dicendum videtur, hoc eſſe ſpeciale in mutuo; propter illa verba, *quod ad pecunias attinet.* Et ratio ſpecialitatis eſſe poteſt, quòd mutuum non ſit contractus utrinque oneroſus, ſicut eſt Locatio.

478. DUBITATUR 6. Utrum ſoluto matrimonio, & re dotali priùs à marito locatâ, teneatur uxor ſtare contractui. Difficultatem non exiguam ingerit textus legis 25. §. 4. *ff. ſoluto matrimonio.* qui varias lectiones habet, & diverſas interpretationes recipit. [Si vir in quinquennium locaverit fundum, & poſt primum fortè annum divortium intervenerit, Sabinus ait, non aliàs fundum mulieri reddi oportere, quàm ſi caverit, ſi quid præter unius anni locationem maritus damnatus ſit, id à ſe præſtatum iri. Sed & mulieri cavendum, quidquid præter (*aliqui legunt: propter. alii poſt.*) primum

 annum

Digitized by Google

annum ex locatione vir conſecutus fuerit, ſe ei reſtauturum.] Ex hoc textu.

Antonius Gomez ſic reſolvit dubium; quòd uxor vel hæredes ejus teneantur ſtare contractui, & ſimiliter ipſa poſſit compellere Conductorem ad ejuſdem obſervationem. Hoc tamen vult ità intelligendum eſſe, non quòd præciſè teneatur ſtare contractui, ſed *cauſativè*: quia ſi non vult approbare & confirmare, conductor poterit agere contra maritum ad totale intereſſe, & ideo uxor vel ejus hæres non poteſt rem locatam occupare, niſi poſitâ cautione marito vel hæredibus de indemnitate. Ità Gomez, cujus doctrinam P. Molina ità interpretatur, quaſi abſolutè potiùs dixiſſet, mulierem, non teneri ſtare contractui, ſed poſſe conductorem expellere: neque conductorem poſſe adverſùs uxorem vel hæredes ipſius quidquam excipere ad hoc ut poſſit in contractu perſeverare: maritum tamen ejuſque hæredes teneri conductori ad intereſſe, ſi per uxorem aut hæredes expellatur. Et ità tenet P. Molina.

Alii ſimpliciter affirmant eam teneri, ſi locatio facta ſit ad modicum tempus. Ità aliis relatis Treutlerus th. 2. & ante eum Duarenus: Covarr. nec improbat Hunnius. v. g. ſi locatio facta ſit ad annum, quòd tunc mulier ſtare teneatur contractui, quaſi maritus, cui mulier fundum dedit in dotem, in annum locandi facultatem ab ea acceperit, mulier quippe, quæ fundum dat fruendum marito pro oneribus matrimonii, omnia ei concedere videtur, quæ ad fructuum perceptionem ſpectant, cujuſmodi eſt locatio in annum facta. Quodſi verò in longius tempus, v. g. quinquennium (ut ponitur caſus in lege cit.) facta ſit locatio, tunc mulier non cogatur ſtare locationi, quia ea facta cenſetur contra veriſimilem uxoris voluntatem, quæ fundi uſumfructum ità marito conceſſiſſe creditur, ut tota ejus in re geſtio & adminiſtratio tempore uſusfructûs concludatur, nec illud tempus niſi ex neceſſaria cauſa excedat. Hanc ſententiam ſequar, ſed ex alio fundamento, ut patebit.

480. Contra doctrinam Gomezii & Molinæ urget difficultas quam ipſe Molina advertit. Vel enim Conductor ſcivit, rem locatam eſſe dotalem, vel neſcivit, & fraude inductus eſt à marito. Si ſcivit, tunc maritus ad nihil illi tenetur, & conſequenter nec uxor. ratio eſt ſuprà tradita de hærede gravato locante fideicommiſſum, nempe quia non cenſetur contractus in tempus ſoluti matrimonii extenſus. Si verò Conductor fraude inductus eſt à marito, tenebitur quidem maritus, & hæredes illius, ſed non apparet, cur uxor debeat maritum ſervare indemnem, ſi ipſa non fuit auctor fraudis.

481. Ob hanc difficultatem meritò cenſet Lugo illi legi alium ſubeſſe ſenſum, quàm illum quem, ut vidimus, communiter Interpretes exiſtimant ineſſe. Non, inquam, agitur in illa lege 25. §. 5. *ff. ſol. matr.* de Intereſſe quod locator debet conductori, quando iſte à ſucceſſore expellitur ante lapſum temporis: ſed loquitur de aliis pactis & obligationibus, quas maritus in contractu locationis fortè ſuſcepit, à quibus debet eum uxor indemnem præſtare: & hoc conformiter legi 25. (quæ in quibuſdam exemplaribus eſt 56.) ff. eod. [Cùm mulier de dotis repetitione poſt ſolutum matrimonium agit, cavere debet marito, qui ædium nomine damni infecti cavit, ſi velit eam recipere, ut periculum mariti amoveat.] Ecce! mulier tenetur indemnem ſervare maritum, qui caverat de damno infecto. Sic etiam in lege 25. §. 4. eſt ſermo de aliis pactis, quæ fortè in contractu locationis intervenerunt: v. g. ſi promiſit colonis triticum ad ſeminandum commodare, animalia ad arandum, &c. quas obligationes licèt maritus teneatur ſuſtinere pro primo anno, quo fructus locationis ad ipſum ſpectârunt, pro reſiduis tamen annis illius quinquennii uxori hæ obligationes incumbent, quibus emolumenta locationis percipiet: & ideo mirum non eſt, quòd debeat loco mariti cavere. Hac legis interpretatione ſuppoſitâ, conſtat, ex hac lege non poſſe probari, quòd uxor poſſit expellere conductorem, ſi velit cavere, quòd velit pro marito ſatisfacere conductori, ob contractum non ſervatum.

Videndum ergo reſtat, an ex alio capite poſſit mulier ab obligatione ſervandi contractum liberari. Et videtur primâ fronte dicendum, ideo eſſe liberam, quia habet ſe ſicut alii ſucceſſores ſingulares, vel ſicut fideicommiſſarius, de quibus ſuprà dictum eſt, non teneri, eò quòd hæres gravatus non potuerit extendere contractum ad tempus reſtituendi fideicommiſſi. ergo ſimiliter maritus non potuit extendere contractum ad tempus ſoluti matrimonii. Hoc tamen non obſtante,

482. DICENDUM potiùs videtur, uxorem etiam ſoluto matrimonio teneri ad continuandum contractum. Ratio eſt, quia potiùs ſe habet mulier in hoc caſu reſpectu mariti, ſicut ſe habet minorennis reſpectu Tutoris aut Curatoris, quia marito competebat bonorum dotalium adminiſtratio. ergo ſicut diximus, minorem teneri ſtare contractui, ità etiam de uxore dicendum eſt. Hæc eſt reipsâ mens ſummarii appoſiti illi §. 4. quod ſic habet in corpore gloſſato. [Locationi factæ per virum uxor ſtare tenetur: ideo cavetur de intereſſe ſi contra fecerit: & penſio poſt ſolutum matrimonium ſpectat ad eam; & ideo vir cavet ei de reſtituendo ſi eam perceperit. Alexand.]

Dices cum Mol. & aliis, non eſſe paritatem inter Maritum & Tutorem, quia maritus adminiſtrat bona nomine proprio, tutor nomine pupilli.

pilli. Sed contra eſt, quia adminiſtrat maritus illa bona nomine utriuſque, & ex conſenſu uxoris, penes quam manet naturale dominium, ut ſuo loco probatum eſt.

DUBITATUR 7. An Beneficiarius, Prælatus, Epiſcopus, &c. debeat ſtare contractui inito à Prædeceſſore. ℞. Affirmativè, ob rationem allatam, quia Prædeceſſor fuit bonorum Eccleſiæ Adminiſtrator. Ergo ſicut minorennis, ità & Succeſſor ſtare tenetur. Conſentit Ius Bav. tit. 21. a. 7.

CONTROVERSIA IX.

Merces quo tempore ſit ſolvenda, & quando præſumatur ſoluta.

SUMMARIUM.

SI nihil in pactum deductum eſt, obſervanda locorum conſuetudo. 483.

Deficiente conſuetudine quid præſumendum. eod.

Si non conſtet, annis pluribus præteritis factam ſolutionem penſionis, conſtet autem aliquibus eſſe factam, an præſumptio ſit pro Conductore. 485.

Sententia Cravetæ rejicitur. 486.

Quid ſi in libro Creditoris apparent tres continuæ ſolutiones, & nihil de prioribus. 487.

An præſumptio procedat in caſu quo Locator rem locatam vendidit cum obligatione continuandi Contractum, deinde Conductor tribus continuis annis ſolvit Emptori. 488.

483 DICENDUM eſt, ante omnia obſervandum eſſe pactum contrahentium: quodſi nihil in pactum deductum eſt circa tempus ſolutionis, obſervandam eſſe locorum conſuetudinem, quæ varia eſt, nam alicubi ſingulis ſemeſtribus pars dimidia ſolvitur, alicubi ſingulis angariis quarta pars, alicubi ſingulis quadrimeſtribus tertia pars. Quodſi ex conſuetudine nil certi conſtare poteſt, præſumptio eſt, quòd mens contrahentium fuerit, ut ad finem anni integra ſolvatur. Quæ omnia conſtant ex Regula Iuris 34. [Semper in ſtipulationibus, & in cæteris Contractibus id ſequimur, quod actum eſt: aut ſi non appareat, quid actum eſt, erit conſequens, ut id ſequamur, quod in Regione, in qua actum eſt, frequentatur. Quid ergo, ſi neque Regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id quod minimum eſt, redigenda ſumma eſt.] Atqui annus ſolet in locatione eſſe terminus minimus. Ergo. Quodſi ad brevius tempus, quàm ad annum locatio facta eſſet, ſatis erit, ad finem temporis ſolvi: cujus ratio deſumitur à paritate emptionis: nam pretium non tenetur emptor ſolvere, niſi venditor ex parte ſua Contractum impleverit: atqui Locator tunc primùm ex parte ſua Contractum implevit, quando tempus conſtitutum exſpectavit. Ergo, &c. Quodſi locatio ad plures annos facta eſt, cenſentur tot eſſe locationes, quot anni in pactum deducti. *l. 29. ff. de V. O.* [Scire debemus, in ſtipulationibus tot eſſe ſtipulationes quot ſummæ ſunt, totque eſſe ſtipulationes quot ſpecies ſunt.]

484. DUBITATUR 1. An merces ſolvenda ſit antequam fructus ſint collecti, ſi ſolvenda eſt ex fructibus. ℞. Negativè. arg. legis 26. *ff. quando dies legatorum cedat.* ubi dicitur: [Firmio Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum meorum futuri anni. poſtea (id eſt: propterea) non videri conditionem additam, ſed tempus ſolvendæ pecuniæ prolatum videri reſpondit. Fructibus tunc relictæ pecuniæ non perceptis ubertatem eſſe neceſſariam anni ſecundi.] Cujus legis, reverà obſcuræ, ſenſum Gothofredus ſic reddit. Si cui legavero quinquaginta ex reditu fundi Tuſculani, neque quinquaginta ex reditu ejuſdem percepta ſunt, non privabitur legatarius ſui legati commodo: ſed anni ſequentis ubertas exſpectabitur. Ratio autem eſt, quia hoc ipſo quòd ex fructibus eſt facienda ſolutio, intentio contrahentium eſt, ut fructus priùs fuerint percepti.

485. DUBITATUR 2. Si non conſtet, an pluribus præteritis annis facta fuerit ſolutio penſionis, conſtet autem, aliquibus annis fuiſſe ſolutam, an hinc præſumptio ſit pro Conductore. ℞. Tunc fore præſumptionem ſolutionis factæ etiam prioribus annis, ſi poſſit Conductor oſtendere, ſe tribus continuis annis ſolviſſe tribus ſolutionibus diſtinctis, uno quoque anno factis. *l. 3. C. de Apochis publ.* [Quicunque de Provincialibus, & Collatoribus decurſo poſthac quantolibet annorum numero, cùm probatio aliqua ab eo tributariæ ſolutionis expoſcitur, trium cohærentium ſibi annorum Apochas ſecuritatéſq; protulerit: ſuperiorum temporum Apochas non cogatur oſtendere.] Et ità tradunt Menochius *de præſumpt. lib. 3. præſ.* 139. Maſcardus de probationib. *concl. 603. vol. 2.* Poteſt tamen illa præſumptio contrariâ probatione elidi, nàm ſtatim in lege ſubjungitur. [Niſi fortè aut curialis, aut quicunque apparitor, vel optio, vel actuarius, vel quilibet publici debiti exactor, ſive compulſor poſſeſſorum, vel collatorum habuerit cautionem, aut id quod repoſcit, deberi ſibi manifeſtâ geſtorum aſſertione patefecerit.

486. Porrò, tametſi Craveta conſ. 313. cenſuerit, legem requirere, ut tribus ultimis annis probetur facta ſolutio, hoc tamen alii DD. non requirunt, neque id lex dicit, quare ſufficiet probari, tribus continuis annis factam fuiſſe ſolutionem, ut de præcedentibus annis eadem facta præſumatur, etiamſi poſterioribus annis non ſit facta ſolutio, quia non eſt conſiderabilis ulla major difficultas probationis ob temporis diutur-

turnitatem. Nam ſi elapſo triennio ſolutionis locator petiiſſet prætetitorum annorum ſolutiones, fuiſſet utique exceptione temotus fundatâ in triennali ſolutione: ergo etiam repelletur, quando Conductor ceſſavit deinde ſolvere: quia non amittit Ius jam quæſitum per trinam ſolutionem adversùs annos præcedentes. Hinc corruit fundamentum Cravetæ, dum ſic diſcurrit. Sicut ex ſolutione trium annorum continuorum arguitur ſolutio annorum antè præteritorum, ità ex ceſſatione ſubſequentium annorum arguetur antea non ſolutum. Nam una præſumptio aliam tollit. Negatur conſequentia, & paritas. Ratio diſparitatis eſt, quia reſpectu anteriorum annorum jam eſt quæſitum Ius excipiendi, & onus probandi contrarium conjectum eſt in Locatorem: reſpectu annorum poſteriorum hoc non verificatur.

487. Controverſum ulteriùs eſt, an hæc præſumptio ſolutæ mercedis etiam locum habeat, quando in libro Creditoris apparent ſcriptæ tres continuæ ſolutiones; nihil tamen legitur ſcriptum de ſolutionibus anteriorum annorum. Diſſentiunt in hoc puncto DD. quos conciliat Menochius n. 20. diſtinguendo. Nam aut Creditor conſuevit ipſe ſolus ſcribere ſuo in libro ſolutiones quas recepit, & debitori dare apocham receptarum ſolutionum: & hoc caſu putat adhuc procedere præſumptionem pro debitore: & præſumitur Creditor ex incuria non ſcripſiſſe. Aut Creditor conſuevit etiam ſcribere in libro debitorum ſolutiones ipſas, & ipſi debitores exhibent ſuos libros, in quibus non apparent ſolutiones anterioris temporis, tunc contra debitorem præſumitur, qui ſi ſolviſſet, utique curâſſet ſolutiones in ſuo libro ſcribi, ſicut curavit tres illas continuas ſcribi. Cæterùm, quia hæ præſumptiones ſunt potiùs hominum, quàm Iuris ſcripti, ad Iudicem pertinet, examinare diligentiùs circumſtantias omnes.

488. Controverſum denique poteſt eſſe, utrum hæc præſumptio procedat in hoc caſu, quo Locator rem locatam vendidit cum obligatione continuandi Contractum, deinde Conductor tribus continuis annis ſolvit Emptori penſionem: quæritur, inquam, an contra Locatorem ſit præſumptio, ſi prætendat, ſibi non eſſe ſolutas penſiones. Negativè reſpondet Menochius n. 32. & ait, eſſe rationem manifeſtam, quia nullas ipſe recepit ſolutiones, quibus conſentire, & præterito credito quodammodo renuntiare dicatur. Ego tamen huic rationi nullo modo acquieſco. quia Iura ſuperiùs adducta non fundant præſumptionem in Renuntiatione, ſed potiùs in facta ſolutione trina, unde inferunt, præſumendam eſſe ſolutionem etiam priorum, niſi contrarium probetur. Itaque in caſu poſito cenſetur potiùs Venditor & Emptor per modum unius perſonæ.

CONTROVERSIA X.

An Conductor acquirat fructuum perceptorum dominium antequam ſolvat mercedem.

SUMMARIUM.

Verior eſt ſententia affirmativa. 490.
An res vendita cenſeatur eſſe oppignorata, dum venditor eſt Dominus. 491.
Intellectus legis 61. §. 8. ff. de furtis. eod.

489. NEgant multi poſt Bartolum, & habent ſanè ſpecioſum fundamentum, deſumptum à paritate Emptionis Venditionis: in quo contractu non transfertur rei venditæ dominium in Emptorem, etiamſi ei ſit tradita, niſi vel pretium ſit ſolutũ, vel venditor ſequatur fidem Emptoris, & habeat pro ſoluto; aut cautionem acceperit, ut ſuo loco dictum eſt. Ergo nec fructus (qui rei venditæ comparantur) ad Conductorem (qui comparatur Emptori) pertinebunt, quamdiu penſionem non ſolverit. Ad hoc fundamentum reſpondet cum aliis P. Molina d. 497. Illud eſſe ſpecialiter ſtatutum in contractu Emptionis, contra naturam rei, & communem Regulam quâ per traditionem transfertur dominium. Adeoque non eſſe extendendum ad contractum locationis. Sed urgebunt adverſarii, ad Contractum locationis id ipſum extenſum videri per Ius apertum ſup. ad initium hujus cap. relatum, quod contractus Locationis iiſdem Iuris Regulis conſiſtat, ut loquitur Iuſtinianus *pr. hujus tit.* Ad hanc tamen replicam reſpondendum eſt, ſicut in ſimili ſuprà reſpondi, hoc Iuſtiniani dictum ſibi plus non velle, quàm quòd uterque contractus ſolo conſenſu perficiatur, ſtatim enim ſequentibus verbis ſe declarat Imperator dicendo. [Nam ut Emptio & Venditio, ità contrahitur, ſi de pretio convenerit: ſic & locatio conductio ità contrahi intelligitur, ſi merces conſtituta ſit.]

490. Verior ergo eſt ſententia, Conductorem fieri dominum fructuum perceptorum, etiamſi non ſolverit penſionem: quia non ſolùm nullo jure contrarium conſtitutum eſt, ſed praxis etiam hoc obſervat.

Confirmatur. Quia nemini poteſt res ſua eſſe oppignorata. atqui fructus ſunt locatori tacitè ipſo jure oppignorati: ergo Ius ſupponit, locatorem non eſſe dominum. Minor probatur ex lege. 7. *ff. in quibus cauſis pig. tacitè contr.* [In prædiis ruſticis fructus, qui ibi naſcuntur, tacitè intelliguntur pignori eſſe domino fundi locati, etiamſi nominatim id non convenerit. & in lege 25. §. 1. ff. h. t. Si colonus locaverit fundum, res poſterioris conductoris domino non obligantur: ſed fructus in cauſa pignoris manent,

berent, quemadmodum eſſent, ſi primus colonus eos percepiſſet.

491. Objicies 1. Etiam res vendita & tradita cenſetur eſſe pignus, & tamen venditor manet dominus: ergo ex eo quòd fructus dicantur eſſe pignori, non rectè illatum eſt, dominium non eſſe penes locatorem. ℞. Negando antecedens, non enim dicitur eſſe pignus, ſed retineri à venditore *quaſi pignus*. hoc eſt, eum non teneri ad tradendum, niſi poſtquam offeratur pretium, ut ſuo loco declaratum eſt, nec hîc repetendum.

Objicies. 2. Domino fundi competit actio furti adverſus conductorem aſportantem clàm fructus, necdum ſolutâ penſione. ergo ſupponitur eſſe dominus fructuum. antecedens probatur ex lege 61. §. 8. *ff. de furtis*. ℞. Quin potiùs ea hac lege confirmatur noſtra ſententia, ut legenti patet, & ſic habet. [Locavi tibi fundum, & (ut aſſolet) convenit, ut fructus ob mercedem pignori mihi eſſent: ſi eos clàm deportaveris, furti tecum agere poſſe ajebat.] (Ecce! ſupponitur conventum eſſe, ut eſſent pignori. Quòd autem actio furti competat adverſùs dominum qui pignus aufert, dictum eſt tract. 2. & habetur *l. 3. ff. de pignor. act.* [Si quaſi recepturus à debitore tuo cominus pecuniam reddidiſti ei pignus, isque per feneſtram id miſit, excepturo eo, quem de induſtria ad id poſuerit. Labeo ait, furti te agere cum debitore poſſe.) Sed etſi tu alii fructus pendentes vendideris, & emptor eos deportaverit, conſequens erit, ut in furtivam cauſam eos incidere dicamus: etenim fructus quamdiu ſolo cohæreant, fundi eſſe, & ideo colonum quia voluntate domini eos percipere videatur, ſuos fructus facere, quod certè NB. in propoſito non æquè dicitur: quâ enim ratione coloni fieri poſſint, cùm emptor eos ſuo nomine cogat? Ergo ſi non emptor, ſed ipſe conductor fructus colligat, fiet eorum dominus. Ergo lex iſta favet potiùs noſtræ ſententiæ. Quomodo autem ſalvâ definitione furti poſſit eſſe locus actioni furti, quando quis aufert rem ſuam alteri habenti jus reale in illa, explicatum eſt loco citato.

CONTROVERSIA XI.

An & quando aliquid de Mercede ſeu Penſione remittendum ſit, ob ſterilitatem.

SUMMARIUM.

Quid ſpectato Iure naturæ dicendum ſit. 492.

Quid ſi Conductor in ſe recipiat omnes caſus fortuitos. 493.

Quinam Caſus fortuiti cenſeantur tali pacto comprehenſi. 494.

Si nulli fructus colligi poſſint, an liberetur à penſione ſolvenda. 495.

Quid ſi ſterilitas non quidem eſt omnimoda, ſed tamen magna. 496.

Quid ſi ſit modica. 497.

Quænam cenſenda ſit immodica ſterilitas, & quomodo æſtimanda. 498.

Pro quo tempore copia vel paucitas fructuum conſideranda & computanda. 499.

An ad hoc ut conductor penitus liberetur, ſufficiat, ſi deductis expenſis nulli fructus ſint reſidui. 501.

An aliquid remittendum, quando cauſa ſterilitatis non eſt inſolita. 502.

Quid ſi ſterilitas proveniret ex eo, quòd conductor ſit incarceratus. ead.

Quid ſi putetur ſterilitas eſſe pœna Dei. 504.

An Partiario aliquid remittatur ob ſterilitatem. 506.

Quid ſi unius anni ſterilitas aliis annis compenſetur. 507.

Quandonam cenſeatur facta compenſatio ſterilitatis. 508.

492. ADvertendum eſt cum Theologis, Molina, Leſſio, Lugono & aliis, ſpectato jure naturæ, & ſecluſis legibus poſitivis, caſum ſterilitatis quantumvis magnæ, non excuſaturum conductorem ab obligatione ſolvendæ penſionis, quæ in pactum deducta eſt. Ratio redditur ex paritate emptionis: conductor enim comparatur emptori, qui emit ſpem fructuum, ſicut quis emit ſpem capturæ per jactum retis. ergo ſicut in hoc caſus fortuitus obeſt vel prodeſt emptori & non venditori, ità & in caſu ſterilitatis. Hoc tamen eſt intelligendum, ſi penſio eſſet taxata ſecundùm ſpem fructuum, quantum valet, æſtimato ſimul periculo probabili futuræ ſterilitatis: nam ſi taxata eſſet penſio ſecundùm æſtimationem fructuum, quos fundus melioribus annis ſolet afferre, non procederet hæc doctrina, quia potiùs cenſeretur contractus eſſe conditionatus: ſi non ſuperveniat extraordinaria ſterilitas.

493. Quando ergo in pactum deducitur, ut Conductor in ſe recipiat omnes caſus fortuitos, & ob hoc ipſum penſio temperatur, Contractus iſte reducitur ad primævam ſuam naturam: adeo ut P. Molina, & ex eo Lugo, exiſtimet, conſultum fore ſi univerſaliter ſtatueretur, conductores omnes ad caſus fortuitos obligari, quandoquidem ex privilegiis à jure conceſſis pro caſu ſterilitatis aut alterius infortunii, innumeræ lites & perplexitates oriuntur, ob difficultatem probationum, diverſitatem opinionum inter DD. quibus præbetur Iudicibus anſa favendi ex privato affectu uni parti præ alia. Verùm hæc ratio fortè nimium probat, ſed non vacat immora-

morari, cùm non de legibus condendis, ſed de jam conditis ſollicitì eſſe debeamus.

494. Circa pactum tamen, quo conductor renuntiat caſibus fortuitis, meritò dubitatur, quouſque ſe illud extendat, an cenſeatur ſolùm renuntiare caſibus quandoque evenire ſolitis, & ſuſpicabilibus, an etiam inſolitis & inſuſpicabilibus, cujuſmodi eſſet terræ motus in noſtris partibus, in quibus à longiſſimo & forte immemoriali tempore nullus extitit vehemens. Antonius Gomez, & alii DD. Hiſpani ac Luſitani cenſent, eum ſolummodo renuntiâſſe ſolitis, niſi aliud exprimat. Econtra Pinellus & alii cenſent, quòd etiam inſolitis renuntiatum ſit; quam ſententiam ad longum propugnat Hunnius q. 19. Sed prior ſententia eſt communior, &, ut vult Molina, in praxi obſervanda, quamvis juris apicibus inhærendo poſterior faciliùs defenderetur, præſertim, quòd communior ſententia ſe fundet in textu valdè dubio *l. fiſtulas. §. frumenta. ff. de contr. empt.* ubi etſi legatur in quibuſdam exemplaribus negativa, in pleriſque tamen exemplaribus omittitur partic. Negativa, & legitur: [Si nives immoderatæ fuerunt, & contra conſuetudinem tempeſtatis, agi tecum ex empto poterit.] His quoad Ius naturæ ſuppoſitis, videndum nunc eſt, quid ex, quadam æquitate, ſeu juſta commiſeratione leges ſtatuerint quoad caſum ſterilitatis.

495. DICENDUM 1. Si nulli penitus fructus à conductore colligi poſſunt ob ſterilitatem omnimodam, undecunque ea, modo abſque conductoris culpa, liberatur conductor penitus à penſione ſolvenda. *l. 25. §. 6. ff. h. t.* [Vis major, quam Græci vim divinam appellant, non debet conductori damnoſa eſſe, ſi plus quàm tolerabile eſt, læſi fuerint fructus.] Sed meliùs, magiſque ſpecificè id continetur in lege 15. §. 2. [Si vis tempeſtatis calamitoſæ contigerit, an locator conductori aliquid præſtare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui reſiſti non poteſt, dominum colono præſtare debere ait, ut puta fluminum, graculorum, ſturnorum, & ſi quid ſimile acciderit (*cujuſmodi eſſet damnum per locuſtas datum*) aut ſi incurſus hoſtium fiat: ſi quæ tamen vitia ex ipſa re oriantur, hæc damno coloni eſſe: veluti ſi vinum coacuerit, raucis aut herbis ſegetes corruptæ ſint: ſed & ſi labes facta ſit, omnémque fructum tulerit, damnum coloni non eſſe: ſi ſupra damnum ſeminis amiſſi mercedes agri præſtare cogatur: ſed & ſi uredo fructum oleæ corruperit, aut ſolis fervore non adſveto id acciderit, damnum domini futurum: ſi verò nihil extra conſuetudinem acciderit, damnum coloni eſſe: idemque dicendum, ſi exercitus prætereiens per laſciviam aliquid abſtulit: ſed & ſi ager terræ motu ità corruerit, ut nuſquam ſit, damno domini eſſe: oportere enim agrum præſtari conductori, ut frui poſſit.] Hujuſmodi etiam infortunium eſſet, ſi rupto v. g. ponte molendinum conductum deſtitueretur ab hominibus ibidem molere ſolitis. In Codice h. t. exſtat lex 8. [Licèt certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, ſi tamen expreſſum non eſt in locatione, ut ſi qua lue tempeſtatis vel alio cæli vitio damna accidiſſent, ad onus tuum pertinerent, & quæ evenerunt ſterilitates, ubertate aliorum annorum repenſatæ non probabantur: rationem tui juxta bonam fidem haberi rectè poſtulabis.]

Cum Iure Civili conſonat Ius Canonicum c. 3. h. t. [Propter ſterilitatem adficientem magno incommodo Conductores vitio rei ſine culpa coloni, ſeu caſu fortuito contingentem, colonis eccleſiæ tuæ pro rata penſionis remiſſio eſt facienda, niſi cum ubertate præcedentis vel ſubſequentis anni valeat ſterilitas compenſari.]

496. DICENDUM 2. Si ſterilitas non quidem eſt omnimoda, ſed tamen magna, tunc de penſione cum proportione remittendum eſt: v. g. ſi vix media pars fructuum conſvetorum prodiit, dimidium penſionis remittendum eſt. Conſtat ex Iuribus adductis; ex quibus etiam,

497. DICENDUM 3. Si modica eſt ſterilitas, nihil de penſione remitti cogitur Locator. Unde in lege 25. primo loco adducta dicitur. [Modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non auferetur.] Et hoc ſenſu accipienda eſt legis 4. §. 1. ff. h. t. [Cùm quidam de fructuum exiguitate quereretur, non eſſe rationem ejus habendam reſcripto D. Antonini continetur. Item alio reſcripto ità continetur. Novam rem deſideras, ut propter vetuſtatem vinearum remiſſio tibi detur.]

Hinc autem redditur Concluſionis ratio. Nam quando colonus ob unius alteriusvé anni non ſolùm modicam, ſed etiam immodicam fertilitatem majorem, majus commodum refert, non propterea augetur à locatore penſio: ergo ſi modicam patiatur ſterilitatem, non debet conductor conqueri, ſi penſio non minuatur.

Dices. Hac ratione nimium probari, nempe, quòd neque minuenda eſſet ob immodicam ſterilitatem: nam ſic ſervaretur paritas: nempe quia etiam ob immodicam fertilitatem majorem non augetur penſio. Sed de hoc puncto agetur Contr. 12. interea obiter reſpondetur, etſi fortè ex natura rei (ut à principio dixi) res ità ſe haberet, æquitati tamen conveniens eſt, ut etiam ob immodicam unius alteriuſve anni majorem fertilitatem non augeatur penſio, eſto non niſi ob immodicam ſterilitatem ſit minuenda: nam modica ſterilitas frequentiùs accidit, quàm immodica fertilitas major, imò ex pluribus cauſis poteſt timeri immodica ſterilitas, quàm ſperari immodica fertilitas.

489. Quæ-

498. Quæres 1. Quænam cenſenda ſit immodica ſterilitas, & quomodo æſtimanda. Aliqui regulam hanc ponunt, tunc eſſe immodicam, quando ne quidem ſemen ſparſum colligitur. Alii tunc dicunt fore immodicam, ſi ſolutis impenſis & penſione, conductor ultra dimidium juſti pretii læderetur. Alii ad Iudicis arbitrium recurrunt. Sed quam regulam ipſe Iudex attendere debeat, ne detur proceſſus in infinitum, explicandum eſſet. Alii ad circumcolentium opinionem nos remittunt. Sed horum circumjacentium opinio deberet etiam regulam habere: non utique aliorum circumjacentium, quia in circumjacentibus denique venitur ad terminum. Fundamentalis regula, ſecundùm ea quæ alibi in ſimili tradidimus cum Theologis, eſt: illam eſſe immodicam ſterilitatem, ob quam, ſi non remitteretur aliquid de penſione, abſterrerentur coloni, ne fundos colendos conducerent: & quia hujus non poteſt haberi alia certitudo mathematica, recurrendum eſt ad bonorum virorum non partialium arbitrium, quod arbitrium non debet iterum aliam regulam habere, ſed immediatè ex terminis & naturæ lumine, non quidem evidenter, & metaphyſicâ certitudine, ſed probabiliter judicant, hanc læſionem mereri remiſſionem, non illam, & quando res eſt dubia, tunc ad pacificam compoſitionem & transactionem veniendum eſt. Quodſi tamen aliqua regula magìs determinata arripienda eſt, illa videtur cæteris præferenda, quam poſt Bartolum tradunt communiùs DD. quos etiam ſequitur Lugo, nempe quando ob paucitatem fructuum, deducto ſemine & expenſis, ſi ſolveretur integra penſio, colonus læderetur ultra dimidium juſti pretii: v.g. ſi penſio ſolvenda ſint 10. modii tritici, vel 100. aurei, & fructus adeo ſint pauci, ut deducto ſemine & expenſis non manerent 5. modii, vel 50. aurei. Ità Lugo, benè advertens, non eſſe ſenſum, quaſi ab initio contractus fuerit injuſtus, ſed quia ob infortunium ſecutum damnum grave pateretur colonus, & ideo ex Iuris benignitate illi conceditur remedium. Sicut enim (inquit) ad reſcindendam venditionem, illam ſolam leges appellant notabilem læſionem, quâ emptor læditur ultra dimidium juſti pretii, ſic in præſenti, &c.

Vnde infert citatus Author, tantum eſſe de penſione remittendum propter ſterilitatem, quantum ſufficit, ut damnum conductoris non ſuperet dimidiam partem penſionis ſolvendæ, deducto ſemine & expenſis. Inter expenſas autem etiam Conductoris induſtria & labor computatur, ſicut computaretur, ſi alterius labore & induſtriâ agrum coluiſſet.

499. Quæres 2. Pro quo tempore copia vel paucitas fructuum conſideranda & computanda ſit. Videri poſſet eſſe tempus illud, quo colonus incipit fieri Dominus fructuum, nempe poſtquam eos collegit. Vnde ſequeretur, quodſi in agro, etiam absque culpa Conductoris perirent, v.g. alluvione, vel incendio, vel pluviarum diuturnitate, quòd damnum eſſet coloni, utpote Domini.

500. DICENDUM tamen eſt 4. tempus computandi eſſe, quando fructus jam ſunt in horreum, vel ſimilem locum v.g. cellam, aut ſtabulum recepti, adeoque jam plenus rei uſus eſſe poteſt, ut docent præter Theologos etiam Juriſtæ. Zæſius n. 24. & Georg. VVidman n. 34. Quodſi domi Conductoris pereant, v.g. ſi aceſcant, putreſcant, damnum eſt Conductoris. Addit rectè Leſſius n. 18. idem dicendum, ſi conditis in horreo fructibus, fulmen vel hoſtes calamitatem inferant. Hoc Leſſii dictum Lugo ſuſpectum habet, dicens, ſe non videre, quo jure fundetur. Ego autem non video, cur ad hoc Lugo ſpeciale Ius requirat: nunquid enim ſatis Iuris eſt, quòd jam ante tale infortunium teneatur Conductor ſolvere penſionem, quia ex parte Locatoris Contractus eſt impletus?

501. Quæres 3. An, ad hoc ut Conductor penitus liberetur à ſolutione penſionis, ſufficiat, ſi deductis expenſis nulli fructus ſint reſidui. Ratio dubitandi eſt, quia ex communi regula fructus non cenſentur, niſi deductis expenſis. Affirmare videtur Bartolus. Sed rectiùs negat poſt alios Molina, & Lugo, docentes, requiri, ut nullos omnino fructus perceperit, adeoque & ſeminis jacturam fecerit; videtúrque ſupponi in lege 15. §. 1. *ff. h. t.* ſuprà recitato, illis verbis. [Sed etſi labes facta ſit, omnémque fructum tulerit: damnum coloni non eſſe, ut NB. ſupra damnum ſeminis amiſſi mercedes agri præſtare cogatur.] Ergo jactura ſeminis requiritur, ut liberetur penitus à ſolutione penſionis.

Ex hactenus dictis facilè colliguntur exceptiones & caſus, quibus paucitas ſeu ſterilitas fructuum non excuſat à ſolutione integræ penſionis Itaque

502. DICENDUM 5. Si ſterilitatis cauſa non eſt inſolita, ſed ſæpiùs accidere conſueta, & quidem circa talem determinatum locum, cujusmodi eſſet inundatio fluminum tali agro adjacentium, tunc de penſione non eſt neceſſe aliquid remitti. Solet ad hoc probandum adduci textus ſup. relatus ex lege 15. §. 2. [Aut ſolis fervore non aſſueto, oleæ corruptio acciderit, damnum Domini futurum eſſe: ſi verò NB. nihil extra conſuetudinem acciderit, damnum coloni eſſe.] Quæ verba etſi Molina putet poſſe aliter intelligi, videntur tamen ſatis clara. Ratio autem concluſionis eſt, quia tali periculo præviſo ſolent res minori mercede locari: Ergo Conductor tacitè in ſe recipit hujusmodi caſum ſuſpicabilem.

Dixi: *& quidem circa talem determinatum locum.* Si enim tantùm generatim reſpectu Regionis alicujus tale infortunium eſt conſuetum,

 ſed

ſed eſt inſuetum reſpectu talis loci particularis, non procederet concluſio, v.g. grandines & pruinæ non ſunt inſuetæ reſpectu alicujus integræ Provinciæ, reſpectu talis fundi tamen rectè cenſentur inſuetæ, & ideo Conductor per eas poſſet liberari ab onere ſolvendi penſionem.

503. DICENDUM 6. Quando ſterilitas evenit culpâ Conductoris, nihil de penſione de Iure remittitur. Colligitur ex Iuribus jam adductis, & inſuper ex lege 25. §. 3. & 4. [Conductor omnia ſecundùm legem conductionis facere debet, & ante omnia colonus curare debet, ut opera ruſtica ſuo quoque tempore faciat, ne intempeſtivâ culturâ deteriorem fundum faceret: præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habet. Culpæ autem ipſius & illud adnumeratur, ſi propter inimicitias ejus vicinus arbores exciderit.]

Ex ultimis verbis movetur dubium, an deneganda eſſet penſionis diminutio, ſi ſterilitas proveniret ex eo, quòd colonus ob ſuum aliquod delictum conjectus eſſet in carcerem. Non eſſe denegandam docuit Alvarus Valaſq. qui putat conſequenter dicendum eſſe, quòd etiam remittenda eſſet penſio, ſi ab inimico, cui colonus cauſam inimicitiæ dedit, proveniret. Sed cùm hoc poſterius ſit contra apertum textum allatum, & paritas negeat, dicendum potiùs eſt (quod etiam tenet Molina) non eſſe de Iure remiſſionem faciendam.

504. Majus dubium eſt, an ſit remittendum de penſione, ſi ſterilitas putatur eſſe pœna Dei, v.g. quia colonus decimas non ſolvit. Affirmat P. Molina cum eodem Valaſq. ex duplici fundamento. 1. Quia talis culpa non eſt ordinata ad inducendam ſterilitatem. Hæc ratio me non movet, quia ex ea probaretur, quòd eſſet etiam remittenda, ſi causâ inimicitiæ fieret ſterilitas. Nam non minùs, nec magìs ordinatur culpa dans cauſam inimicitiæ ad inducendam ſterilitatem, quàm culpa in non ſolutis decimis. neutram quidem ordinat ad ſterilitatem colonus: at verò in priore caſu eam ordinat inimicus, in poſteriore Deus vindex. Imò & Iudex incarcerando non ordinat, & tamen P. Molina negat tunc eſſe remittendum de penſione: ergo talis ordinatio non requiritur. Secundum & melius fundamentum eſt, quia non conſtat, pœnam illam eſſe à Deo ob culpam inflictam: nec ſufficit ſuſpicio, alioquin ob nullam ſterilitatem ex infortunio ſupervenientem facilè eſſet remiſſio facienda, quandoquidem plerumque ſuſpicamur, eſſe permiſſum à Deo in pœnam. Si tamen moraliter certò conſtaret (prout quandoque conſtare poteſt) conſequenter ad priora dicendum eſt, nullam remiſſionem eſſe faciendam.

506. DICENDUM 7. Colono Partiario, qui quotam fructuum percipiendorum, v.g. tertiam, quartam partem (quantacunque ſit) præſtare debet, nihil remittitur de penſione ob ſterilitatem. lege 25. §. 6. *ff. h. t.* ibi. [Apparet autem nos de eo colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Alioquin NB. partiarius colonus quaſi Societatis Iure & damnum & lucrum cum Domino fundi partitur.]

507. DICENDUM 8. Quando intra tempus locationis, præcedente vel ſubſequente ſterilitatem anno, vel annis, ſterilitas compenſatur, etiamſi anni illi non fuerint immediatè proximi ſterilitati, nihil eſt de penſione remittendum: & ſi remiſſio jam facta eſt, factâ per ſubſequentem fertilitatem compenſatione repeti poteſt, quod remiſſum eſt. Si ſolùm quoad partem eſt compenſata, cum eadem proportione remiſſio ceſſat, & repeti poteſt quod remiſſum eſt. Ità habetur *l. 4. pr. ff. h. t.* [Si uno anno remiſſionem quis colono dederit ob ſterilitatem; deinde ſequentibus annis contigit ubertas, nihil obeſſe Domino remiſſionem, ſed integram penſionem etiam ejus anni, quo remiſit, exigendam: hoc idem & in vectigalis damno reſpondit. Sed etſi verbo Donationis ob ſterilitatem anni remiſerit Dominus, idem erit dicendum, quaſi non ſit donatio, ſed tranſactio. Quid tamen ſi noviſſimus erat annus ſterilis, in quo ei remiſit? veriùs dicetur, etſi ſuperiores uberes fuerint, & ſcit locator, non debere eum ad computationem vocari.] Id eſt, cenſeretur verè remiſſionem eſſe donationem. Ergo per argumentum à contrario, ſi ignoraret fertilitatem priorum annorũ, poſſet compenſare, nec cenſeretur remittendo donare.

Eadem compenſatio ſupponitur in *l. 8. C. h. t.* jam ſuprà recitata illis verbis: *& quæ evenerunt ſterilitates, ubertate aliorum annorum repenſatæ non probabuntur.* Adſtipulatur Ius Can. *cap. 3. h. t.* illis verbis. *Niſi cum ubertate præcedentis, vel ſubſequentis anni valeat ſterilitas compenſari.*

Dictum eſt in Concluſione: *Intra tempus locationis.* quod intelligendum eſt, etiam quando tempus locationis ex tacito conſenſu prorogaretur: (quod quomodo fiat, infrà dicetur) non autem procederet, ſi eſſent ſeparati contractus, tunc enim compenſationi non eſſet locus: quia mens & intentio legis concedentis compenſationem, eſt reſtricta ad eundem contractum, ut nempe vi hujus contractûs Conductor non ſentiat detrimentum notabile.

508. Reſtat Controverſia ſimilis illi de ſterilitate ſuprà diſcuſſæ, quanta debeat eſſe ubertas præcedentium aut ſubſequentium annorum, ut cenſeatur fieri compenſatio. In quo puncto quivis ſentit proportionaliter ad ea, quæ de ſterilitate ſenſerit. Itaque Card. Lugo, cujus regulam in ſterilitate ſuprà retuli & aliis prætuli, hìc conſequenter docet n. 49. tantam ubertatem debere eſſe, ut computatis ſemine, expenſis aliorum annorum, & penſionibus ſolutis, tantum lucrum remanſerit Conductori, ut addito illo lu-

cro

ero huic ſterilitatis anno damnum præſens deſinat eſſe notabile, hoc eſt, non cogatur Conductor ex ſuo ſolvere plus quàm dimidiam partem penſionis præſentis.

CONTROVERSIA XII.

Vtrum propter inſolitam ubertatem fructuum, à conductore exigi poſſit augmentum Penſionis.

SUMMARIUM.

Sententia Patris Molinæ diſtinguens inter ubertatem ex caſu fortuito, & ex induſtria, rejicitur 509.

Vniverſaliter negandum eſt, eſſe augendam penſionem. 510.

Ratio Hunnii non eſt adæquata. 511.

Ratio melior ex Card. de Lugo. 512.

509. Quæſtio procedit in caſu, quo conductor non renunciavit caſibus fortuitis, nam hac renuntiatione factâ non eſt dubium, æquitati conſentaneum eſſe, ut ſicut inſolita ſterilitas nocet conductori, ità eidem proſit inſolita ubertas.

P. Molina relatis aliorum opinionibus, & conciliaturus Authores, docet, quòd quando illud augmentum ubertatis provenit ex caſu fortuito, & non ab induſtria coloni, nec ab ipſa naturali bonitate fundi, tunc eſſe augendam penſionem, non item ſi vel ab induſtria conductoris, vel aliunde, concurrente bonitate naturali rei locatæ. Molinam ſequitur Layman *c. 22. n. 8.* & ex Juriſtis Georg. VVidman. *n. 36.* Caſum fortuitum ſpecificat in Molendino: v. g. ſi caſu fortuito eveniat, ut alia vicina Molendina deſtruantur, & inde proveniat, ut omnes ad hoc conductum Molendinum recurrant, unde valde creſcit lucrum ex Molendino. Rationem ſuæ diſtinctionis reddit Molina hanc: quando fructus augentur ob anni fertilitatem, pretium fructuum ſolet eſſe multò minus, & iniquum eſſet, ſi propter fructuum multitudinem, qui tamen viliori pretio venduntur, penſio eſſet augenda: quando autem ex caſu fortuito lucrum provenit, æquitas poſtulat, ut locator ſicut ſentiret damnum ex caſu fortuito, ità & ſentiat lucrum.

Rationem hanc tanquam inſufficientem ex triplici capite rejicit Lugo, & meritò. Primò: quia quando pauci fructus ob anni ſterilitatem percipiuntur, creſcit pretium fructuum, ſicut decreſcit ob ubertatem: ergo deberet eadem eſſe obligatio in conductore & in locatore quoad augmentum & diminutionem fructuum, abſque ulla differentia inter illos. Secundò. Sicut ſterilitas poteſt eſſe propria hujus fundi, qui grandine læſus eſt, aliis indemnibus, ſic ubertas poterat eſſe hujus ſolius fundi, qui immunis remanſit, aliis læſis. ergo non eſt major ratio minuendi penſionem, quàm augendi. Tertiò, ſi penſio ſolvenda eſt in fructibus, v. g. 100. modiis, parùm intereſt, quòd pretium fructuum ſit vilius: imò ideo deberet conductor perceptis duplo pluribus fructibus quàm aliàs ſolebat, dare 200. modios, quia 100. modii minus valoris afferunt Locatori.

510. DICENDUM ergo videtur, abſque ulla diſtinctione aut exceptione caſûs fortuiti, nunquam eſſe augendam penſionem, undecunque & quantumcunque creſcat ubertas. Ità ex Theologis ſentit Lugo *n. 52.* ex Juriſtis Hunnius *q. 24. in Treutl.* Eandem ſententiam eſſe praxi communi receptam, teſtantur Pinellus, Eman. Suarez, Valaſens, Salicetus, Ribellus, Fillivcius, & alii. Textus autem juris eſt clarus præcedente Contr. adductus ex lege 25. §. *6.* ff. h. t. ubi dicitur. [Modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur.]

511. Rationem concluſionis reddit Hunnius his verbis: [Ratio diverſitatis (inter ſterilitatem & ubertatem) inquit, hæc eſſe videtur, quòd ſterilitas magna, de qua loquimur caſu fortuito contingat, ubertas verò vel propter perſonæ induſtriam, ut qui diligentiſſimè colit fundum, vel propter agri bonitatem, quorum neutro caſu penſio augenda videtur: non priori, quia ut ubertas ex induſtria & labore conductoris proveniens, nemini niſi ipſi conductori lucro cedat, æquiſſimum eſt. Non etiam poſteriori: quia intuitu hujus agri bonitatis intelligitur tantâ mercede locatus eſſe.] Hæc ratio non adæquat concluſionem, quia ſupponit falſum, nempe nunquam ex caſu fortuito (qualem ex Molina retuli) poſſe ubertatem provenire.

512. Optimam rationem reddit Card. de Lugo, cur leges diverſimodè ſtatuerint de immodica ubertate & ſterilitate. quia nimirum ſterilitas fructuum damnum intolerabile miſero conductori afferebat, lucrum verò ingens ejuſdem nulli prorſus nocebat, cùm non ideo locator quidquam perderet penſionis ſibi promiſſæ. Voluit itaque lex miſero ſubvenire, ne jacturam faceret ſuorum bonorum ſine ulla prorſus commiſeratione aut ſubſidio: non tamen neceſſe erat, locatori ſubvenire, ut plus etiam lucraretur, quàm ipſemet ſuâ contentus ſorte lucrari voluerat. Ità Lugo. quam rationem fortaſſis voluit indicare Baldus paucis verbis, ſed rem non ſatis explicantibus, dum dixit: hanc eſſe diverſitatis rationem, quòd ubi multi ſunt fructus, ibi ſit gaudium, ubi ſterilitas, ibi luctus & dolor.

CONTROVERSIA XIII.

Quædam alia dubia circa Mercedis ſolutionem aut remiſſionem expediuntur.

SUMMARIUM.

AN liberetur conductor pro rata temporis, ſi domus reddatur inhabitabilis. 513.

Quidſi conductor domum ideo relinquat, quia jam peſte infecta eſt, vel ut ad ſecuriorem locum ſe conferat. 514.

Quidſi conductor in cauſa eſt, quòd non poſſit uti domo locatâ, ad quid tenebitur. 515.

Quidſi factâ locatione alteri, ceſſet impedimentum reſpectu primi conductoris. 516.

An locator teneatur ad intereſſe, ſi ipſe ſit cauſa impedimenti. 517.

An ſicut venditor non tenetur emptori ad damnum extrinſecum, ità nec locator. 518.

513. DICENDUM 1. Si domus locata propter hoſtium irruptionem vel periculum illius, propter incendium, propter ruinam quam minatur, propter lemurum infeſtationes, aut ex ſimili cauſa, deſinat eſſe habitabilis, liberatur conductor à ſolutione penſionis pro rata temporis. Habentur hæc ſeqq. *l.* 27. §. 1. *ff.h.t.* [Iterum interrogatus eſt, ſi quis timoris causâ emigrâſſet, deberet mercedem necne. Reſpondit: ſi cauſa fuiſſet cur periculum timeret, quamvis periculum verè non fuiſſet, tamen non debere mercedem: ſed ſi cauſa timoris juſta non fuiſſet, nihilominus debere. *l.* 33. *jam ſup. relatâ. l.* 13. §. 7. *eod.* Exercitu veniente migravit conductor, deinde hoſpitio milites feneſtras & cætera ſuſtulerunt: ſi domino non denuntiavit, & migravit ex loco, tenebitur. Labeo autem, ſi reſiſtere potuit, & non reſtitit, teneri ait: quæ ſententia vera eſt: ſed & ſi denuntiare non potuit, non puto eum teneri.]

Major difficultas eſt, an tempore peſtis liceat deſerere domum conductam, mercede non ſolutâ nec ſolvendâ. Aliqui, quos ſequitur Molina, affirmant. Alii negant, & pro ſe adducunt praxim. Sed cum diſtinctione reſponderi poteſt cum Card. de Lugo, &

514. DICENDUM videtur 2. Si conductor domum ideo relinquit, quia jam ipſa peſte infecta eſt, non teneri ad ſolvendam penſionem. Si verò deſerat, ut ad ſecuriorem locum ſe conferat, eò quòd civitas infeſta ſit, non tamen illa domus, tenebitur. Ratio eſt, quia in tali caſu, cùm alii cives ſoleant in domibus necdum infectis permanere, non videtur cauſa ſatis urgens ad deſerendam domum, quandoquidem tali caſu non ſolùm ſolent elocari domus, ſed etiam pluris æſtimari, dum ſunt immunes à Lue.

DUBITATUR ulteriùs, ſi conductor in cauſa eſt, cur non poſſit uti domo locatâ, & ideo teneatur ad ſolvendam penſionem, an teneatur totam ſolvere, ſi eandem domum dominus alteri locavit, vel ſaltem locandi occaſionem habuit, ſed neglexit. P. Leſſius opinatur, tantò minùs teneri, quantum potuiſſet dominus locando lucrari. Contra quem

515. DICENDUM videtur, 3. Dominum poſſe totam penſionem exigere, ſi eam alteri non locet. Si verò alteri locet, tunc tantò minus poſſe de penſione accipere à priore conductore. Ità reipsâ tenet Lugo n. 30. Ratio prioris eſt, quia dominus non tenetur ſupplere negligentiã primi conductoris, qui, ut ſuprà vidimus, poſſet ipſe domum locare alteri: ſibi ergo imputet, ſi non locet. Ratio poſterioris eſt, quia ſi dominus alteri locet, penſio ab hoc ſolvenda debetur primo conductori, cui fructificat domus conducta, quamdiu durat prior locatio & ejus obligatio.

516. Hinc autem infertur, quòd factâ locatione alteri, etiamſi ceſſet impedimentum reſpectu primi conductoris, non poſſit tamen rediens conductor cogere locatorem ad reſtituendam rem locatam, & continuandum ſecum contractum, quia res non eſt integra: ſi tamen res non eſſet alteri locata, tunc redeunte primo conductore, poteſt cogere locatorem, & ab eodem cogi ad continuandum contractum: quia, ut dixi, obligatio adhuc durat. Non poſſet tamen, etiam ceſſante impedimento, ſi reditus eſſet locatori difficilis, cogi ad redeundum, ſicut nec econtra locator cogi poteſt ad non locandum alteri.

517. DICENDUM 4. Impedimento proveniente à locatore potente illud impedire, & non impediente, vel potente monere conductorem, & non monente, tenetur locator non ſolùm ad remittendam penſionem, ſed etiam ad intereſſe. Ratio generalis eſt, quia injuſtè formaliter (ut ſuppono) dat cauſam damno. ergo tenetur reſarcire, conformiter regulis reſtitutionis pro iniqua læſione, alibi traditis.

518. Quæres, an ſicut venditor ſolùm tenetur emptori ad damnum intrinſecum, non item ad extrinſecum, ità etiam locator. P. Molina & ex eo Lugo tenent, quòd ſit diſparitas inter hos contractus, non quidem ex rei natura (nam ſecluſis legibus in utroque eſſet obligatio etiam ad damnum extrinſecum) ſed ex lege: nam lege 21. §. 3. *ff. de act. empt.* hoc quidem ſtatuitur de emptione: ſed quia hoc eſt exorbitans à Iure communi, & ità eſt ſtatutum ad minuendas lites, ideo non eſt extendendum ad contractum locationis. Ego tamen judico valdè probabilem ſententiam Gregorii Lopez, qui negat in contractu

tractu locationis teneri locatorem ad damnum extrinſecum, niſi conductor eſſet Mercator. Itáque cenſeo, quòd in neutro contractu teneatur ad extrinſecum damnū, niſi tale ſit, quod moraliter poterat prævideri, & ità intelligo §. citatum, circà quem non procedit interpretatio Molinæ & Lugo: quia ille §. non eſt alicujus legiſlatoris ſed Pauli I. C. qui ſe in ipſa rei natura fundat, & ſic loquitur. [Cùm per venditorem ſteterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in æſtimationem venit, quæ modo circa ipſam rem conſiſtit: neque enim ſi potuit ex vino negotiari, & lucrum facere, id æſtimandum eſt, non magis quàm ſi triticum emerit, & ob eam rem, quòd non ſit traditum, familia ejus fame laboraverit: nam pretium tritici non ſervorum fame necatorum conſequitur] (emptor.)

CONTROVERSIA XIV.

Quam culpam præſtare teneatur Conductor.

SUMMARIUM.

Refertur Regula generalis, quæ culpa ex contractu quovis præſtanda ſit. 519.

Conductor ad quam culpam præſtandam teneatur. 520.

Intellectus §. 1. Inſtit. de Locat. 521. *& ſeq.*

Intellectus legis 25. §. penult. ff. Locati. 523.

Referuntur varia exempla culpæ levis. 524.

519. REGULA generalis circa contractus eſt, quòd ſi natura contractûs ejuſmodi ſit, ut ſolius dantis utilitas verſetur, velut in Depoſito, non debeat præſtari, niſi dolus, & culpa lata: quando ſolius accipientis utilitas eſt, etiam leviſſima culpa præſtanda ſit, ut in Commodato: quando utriusque utilitas verſatur, præter dolum lata, & levis culpa præſtanda ſit, & hujusmodi eſt præſens contractus aliique de quibus ſuo loco, ubi etiam videbimus, an hæc Regula patiatur exceptionem in Mandato, & in Commodato detento ultra terminum: habetur autem Regula hæc de R. I. 23. [Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam & dolum & culpam: dolum tantùm depoſitum, & precarium. dolum & culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelæ, negotia geſta: in his quidem & diligentiam, Societas, & rerum communio & dolum & culpam recipit. ſed hæc ità, niſi ſi quid nominatim convenit vel plus vel minus in ſingulis contractibus: nam hoc ſervabitur, quod initio convenit. legem enim contractus dedit.] Adhuc diſtinctiùs in *l.* 5. §. 2. *ff. commodati.* ibi. [Et quidem in contractibus interdum dolum ſolum, interdum & culpam præſtamus: dolum in depoſito, quia nulla utilitas ejus verſatur, apud quem deponitur, meritò dolus præſtatur ſolus, niſi fortè & merces acceſſit: tunc enim & culpa exhibetur: aut ſi hoc ab initio convenit, ut culpam & periculum præſtet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas verſatur, ut in empto, locato, dote, pignore, ſocietate, & dolus & culpa præſtatur.] In his legibus ſub nomine Doli etiam lata culpa venit, quæ dolo comparatur, ſub nomine culpæ culpa levis. Porrò, differentiam culparum latæ, levis, leviſſimæ, explicui to. 1. *tr.* 2. His ſuppoſitis

Controverſia eſt, qualem culpam præſtare debeat Conductor. Donellus, & poſt eum Hunnius *variarum Reſol. tr.* 7. *p.* 1. *q* 6. docent, ex natura Contractûs hujus etiam leviſſimam culpam eſſe præſtandam.

Hæc ſententia etſi pro ſe habeat ſpecioſos Iuris textus, quia tamen eſt contra torrentem DD. & contra claros Iuris textus jam allatos, ideo,

520. DICENDUM eſt, Conductorem, per ſe loquendo, & niſi vel expreſsè vel tacitè aliud inter eos convenerit, teneri ſolùm ad culpam levem, hoc eſt, ad illam diligentiam præſtandam, quam ſolent communiter patresfamil. non incurii in ſuis rebus adhibere. Probatur tum textibus jam allatis, tum lege 3. §. 1. *ff. Nautæ, Caupones, &c.* ibi. *Quia in locato conducto culpa, in depoſito dolus tantùm præſtatur.* Culpa autem leviſſima non venit in Iure nomine Culpæ ſine addito poſitæ, ut patet in exemplis allatis in *l.* 5. §. 2. *ff. commod.* ubi idem in locatione, quod in Societate, pignore, &c. ſtatuitur, de quibus etiam adverſarii fatentur, non præſtari culpam leviſſimam.

Ad hos ergo textus reſpondet nimis divinatoriè Hunnius, locationem & conductionem ſubjici tanquam exemplum illius contractûs, in quo utriusque commodum vertitur, non verò ejus, ex quo leviſſima culpa non eſt præſtanda (in meo exemplari eſt omiſſa particula *non*. ſed utique ſubintelligenda, alioquin Hunnius contra ſeipſum pugnaret.) quam reſponſionem fatetur ipſemet, poſſe alicui divinatoriam videri, niſi (ut ipſe putat) ſtabiliretur textibus aliis quos pro ſe affert: ſed reverâ non ſunt ità irrefragabiles, ut ipſe putat. Itaque

521. Objiciunt adverſarii 1. & præcipuè §. 5. I. h. t. ubi dicitur. [Qui pro uſu aut veſtimentorum, aut argenti, aut jumenti mercedem aut dedit, aut promiſit: ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualem diligentiſſimus paterfam. ſuis rebus adhibet.] Ad hunc textum variæ reſponſiones excogitatæ ſunt. Henricus Becerus poſt gloſſam, VVeſenbecium, Borcholt, Petrum Fabrum, Treutlerum, Bachovium, & alios, reſpondet, in hoc §. ſuperlativum eſſe poſitum pro poſitivo: ſicut econtra non ſemel in Iure poſitivus ponitur pro ſuperlativo. Sed hæc reſponſio eſt difficilis, nec eſt bona inſtantia, quòd aliquando

pona-

ponatur poſitivus pro ſuperlativo, nam poſitivus ineſt ſuperlativo, ſed non econtra.

Poteſt tamen data reſponſio nonnihil emendari ex Caſparo Manzio, qui negat hanc conſequentiam adverſariorum. Imperator deſiderat à Conductore talem cuſtodiam, qualem diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet. Ergo Conductor præſtat leviſſimam culpam, tenetúrque ad exactiſſimam diligentiam. Ratio negandi eſt, quia cuſtodia diligentiſſimi patrisfamilias hîc non deſignat ſummum gradum diligentiæ, ſed exactiorem tantùm, quam quisque ſuis rebus impendit. Itaque iſti AA. volunt Imperatorem non in illo rigore locutum eſſe, quem vox præſefert. Hac tamen reſponſione ſepoſitâ

Meliùs reſpondent alii, quos refert, & ſequitur Ludwel, in hoc §. contineri exceptionem à regula generali. nempe generaliter quidem conductorem non teneri niſi de culpa levi, nempe quia communiter in hoc contractu utriusque utilitas verſatur, & à contrahentib' intenditur ac quæritur. quia tamen aliquando contingit, ut ſolius Conductoris utilitas intendatur, eò quòd etſi res ei locetur pro mercede, tamen locator hoc facit in gratiam conductoris, alioquin non deſiderans locationem, & tunc ſecundùm hunc §. tenebitur ad culpam leviſſimam propter aliam regulam generalem, quod ſi accipientis ſolius utilitas verſetur, teneatur ad culpam leviſſimam. Quòd autem Imperator in dicto §. loquatur de tali conductore, ſatis liquet ex contextu ſincerè ponderato, quem fruſtra conatur eludere Hunnius: poſtquam enim Imperator poſuiſſet regulam generalem, & quid communiter ac per ſe loquendo obſervandum ſit in hoc contractu, his verbis. *Conductor autem omnia ſecundùm legem conductionis facere debet: & ſi quid in lege prætermiſſum fuerit, id ex bono, & æquo præſtare.* Subjungit aliquam vel exceptionem vel limitationem, de eo qui alium ad locandum ſollicitat oblatâ mercede: [Qui pro uſu aut veſtimentorum, aut argenti, aut jumenti mercedem aut dedit, aut promiſit, ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualem diligentiſſimus paterfamil. ſuis rebus adhibet.] Ecce! quòd enumeret certas res, quæ communiter non ſolent eſſe ad locationem ordinatæ, & non loquatur generaliter de omni locatione. Si enim voluiſſet generalem regulam ſtatuere, cur quæſo veſtes, argentum, & jumentum nominâſſet? Itaque Imperator locutus eſt de conductione earum rerum, quæ dum conducuntur, principaliter in utilitatem conductoris conducuntur, & ideo præſumitur tacitè in eam diligentiam conſentire, quæ leviſſimæ culpæ opponitur, argumento legis 1. §. 35. *ff. depoſiti.* ubi ſimilis caſus in depoſito reſolvitur. [Sæpè evenit, ut res depoſita, vel nummi periculo ſint ejus, apud quem deponuntur, ut putà, ſi hoc nominatim convenit: ſed &, ſi ſe quis depoſito NB. obtulit, idem Julianus ſcribit, periculo ſe depoſiti illigâſſe: ita tamen, ut non ſolùm dolum, ſed etiam culpam & cuſtodiam præſtet, non tamen caſus fortuitos.]

525. Objiciunt 2. legis 25. §. penultimû. ff. h. t. [Qui columnam tranſportandam conduxit, ſi ea, dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta ſit, ità id periculum præſtat, ſi qua ipſius, eorúmque, quorum operâ uteretur, culpâ acciderit: culpa autem abeſt, ſi omnia facta ſunt, quæ diligentiſſimus quisque obſervaturus fuiſſet.]

Aliqui reſpondent, hoc provenire ex natura rei locatæ, quæ cùm valde fragilis ſit, exigit ſummam diligentiam. Hanc reſponſionem cum multis aliis defendit VVurmſerus. Sed ea ab aliis exploditur, propter exempla quæ ſtatim ſubjiciuntur in dicto §. *Idem ſcilicet intelligimus, & ſi dolia, vel tignum tranſportandum aliquis conduxit. Idemque ad cæteras res transferri poteſt.* Verùm, VVurmſerus ſupponit tanquam innegabile, quòd etiam tigna & ea, quæ æſtimantur, ſint fragilia ſicut columna. Itaque

Reſpondent cum aliis pluribus, Bacchovius & Ludwel, ideo in ſimilibus conductionibus Conductorem teneri ex leviſſima culpa, quia conductor operam ſuam obtulit, adeoque ſpecialem peritiam ſuam profeſſus intelligitur. Hanc reſponſionem rejicit VVurmſerus dicendo, ſe non poſſe videre, quale artificium hîc requiratur, non artificium aliquod ſingulare, ſed diligentia in caſu propoſito propter rei fragilitatem. Ego exiſtimo hos AA. vix reipsâ inter ſe differre, & diligentiam, quæ requiritur ad res fragiles tranſportandas, non diſtinguere à ſingulari peritia: adeoque non accipere artificium in ſuo rigore, ſed pro induſtria & ſollicita ac cauta attrectatione, quæ, ſicut artificia, in quadam dexteritate conſiſtunt.

Denique, ad hanc objectionem poſſet generaliùs reſponderi, conductorem ſe obligâſſe ad cuſtodiam acceptâ mercede: quo caſu teneri ad diligentiſſimam cuſtodiam habetur *lege 40. ff. h. t. Qui mercedem accipit pro cuſtodia alicuius rei, is huius periculum cuſtodiæ præſtat.* Sed de hoc ſatis; in quo puncto uſus habet, ut communiter ſolummodò levis culpa præſtetur, niſi aliud conventum ſit.

Placet hîc adjicere exempla quædam culpæ levis. 1. Cenſetur culpa levis, ſi damnum oriatur ex pacto non obſervato. v. g. ſi locator pactus eſt, ne ignis in re locata accenderetur, & domus deinde ex tali igne accenſo, etiam absque nova culpa, comburitur, quia ſufficit culpa præcedens. *l. 11. §. 1. ff. h. t. Si hoc in locatione convenit. Ignem ne habeto, & habuit, tenebitur, etiamſi fortuitus caſus admiſit incendium, quia non debuit ignem habere.* 2. Si induxit in domum homines periculoſos, unde poterat timeri deſtructio rei locatæ. *l. 2. pr.* ibi. *Mihi ità placet, ut* culpam

Digitized by Google

culpam etiam eorum, quos induxit, præſtet ſuo nomine, etſi nihil convenit: ſi tamen culpam in inducendis admittit, quòd tales habuerit, vel ſuos, vel hoſpites. 3. Si ex mora reddendi rem locatam tempore præſcripto res periit. 4. Si in utendo terminos præſcriptos exceſſit. 5. Si damno imminenti non occurrit, v. g. non cavit de damno infecto, vel locatorem non monuit. l. cit. §. 2. *Item proſpicere debet conductor, ne in aliquo vel Jus rei, vel corpus deterius faciat, vel fieri patiatur.* v. g. ſi permitteret præſcribi ſervitutem.

CONTROVERSIA XV.

Quandonam Conductor teneatur de Incendio domûs conductæ.

SUMMARIUM.

AD quem ſpectet damnum ex incendio orto in ædibus conductis, ignorato auctore. 525.

An univerſum incendium reputetur inter caſus fortuitos. 526.

An poſſit univerſaliter præſumi pro Locatore, an pro Conductore. 527.

An præſumatur ſolùm culpa leviſſima in omittendo. 528.

Referuntur plura facilitantia praxin in caſu incendii. 529.

LOquendo de obligatione reſtituendi in foro conſcientiæ res eſt expedita, ſecundùm ea quæ de reſtituendi obligatione diſputata ſunt *tom. 1. tr. 2.* quòd niſi interveniat culpa Theologica gravis, hoc eſt lethalis, non ſit obligatio reſarciendi ante Judicis ſententiam: benè tamen, ſi talis culpa interveniat. Nunc de Iure poſitivo & foro externo videndum, quo etiam certum eſt, quòd caſum fortuitum non præſtet Conductor, quando de eo conſtat, ut, ſi domus fulmine comburatur. Habetur §. 5. *I. h. t.* ibi. *Et ſi aliquo caſu fortuito rem amiſerit, de reſtituenda ea non tenebitur.* & alibi paſſim.

525. QUÆRITUR ergo quid dicendum ſit, quando incendium in ædibus conductis conſtat ab inhabitantibus ortum habuiſſe, ſed neſcitur, cujus culpâ; quæritur, inquam, ad quem damnũ ſpectet, an ad Locatorẽ, an ad Conductorem: quæ quæſtio non ſolùm triſtis eſt & nodoſa, ſed etiam admodum frequens. Aliis terminis eadem quæſtio proponitur, an præſumptio ſit contra Conductorem, quòd ipſius culpâ ſaltèm levi contigerit incendium, adeoque damnum præſtare debeat, quamdiu non probat, à ſe adhibitam diligentiam diligentis patrisfamilias, vel potiùs an præſumptio ſtet pro ipſo, quòd non commiſerit culpam levem, adeoque ad Locatorem ſpectet, probare culpam commiſſam. In hac ardua quæſtione video Recentiores favere Conductori, poſt Mynſingerum. *cent. 6. obſ.* 88. & Gail *lib. 2. obſ. 21.* Videamus hujus favorabilis ſententiæ fundamenta.

526. Primum fundamentum. Incendium eſt caſus fortuitus. (niſi contrarium probetur) *l. 5. §. 4. ff. commodati.* ibi. [Quod verò ſenectute contingit, vel morbo, vel vi latronum ereptum eſt, aut quid ſimile accidit, dicendum eſt, nihil eorum eſſe imputandum ei qui commodatum accepit, niſi aliqua culpa interveniat. proinde etſi NB. incendio vel ruinâ aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur.] Hic textus non probat, quòd univerſim præſumatur, incendium fortuitò & ſine culpa ortum fuiſſe, multò minùs dicitur, quòd ad Locatorem pertineat probare culpam. ſed ſolùm dicitur, quòd incendium caſu fortuito ortum non debeat commodatario damno eſſe, quod nemò negaverit.

Deinde hoc ipſum probant ex *l. 18. ff. eod.* [In rebus commodatis talis diligentia præſtanda eſt, qualem quiſque diligentiſſimus paterfamil: ſuis rebus adhibet, ità ut tantùm eos caſus non præſtet, quibus reſiſti non poteſt, veluti mortes ſervorum, quæ ſine culpa & dolo ejus accidunt, latronum hoſtiumve incurſus, piratarum inſidias, naufragium, incendium, fugas ſervorum, qui cuſtodiri non ſolent.] ℞. Ex ipſis exemplis apparere, quòd lex plus non dicat, quàm, quòd incendium ſine culpa ortum non noceat commodatario: non dicit autem: incendium ſemper præſumi fuiſſe ſine culpa, & caſum fortuitum, inimpedibilem. Idipſum colligitur ex aliis ſimilibus textibus, qui loquuntur de incendio, de quo conſtat, ortum eſſe fortuito, ut ex fulmine. §. 2. *Inſt. quibus modis re contr. oblig.* *Qui mutuum accepit ſi quolibet fortuito caſu amiſerit, quod accepit, veluti incendio, ruinâ, naufragio, &c.* Quæ eadem propè verba habentur reg. 23. de R. I.

Ex his textibus (quos vix puto probare intentum, quaſi univerſim præſumatur incendiũ eſſe caſus fortuitus) ſic argumentantur. Conductor non tenetur præſtare caſum fortuitum. Sed incendium numeratur inter caſus fortuitos: ergo non tenetur præſtare incendium. ℞. Minorem non ſatis probari, deberet enim probari, quòd plerumque & per ſe loquendo incendium eſſet caſus fortuitus; hoc ſanè in adductis legibus non dicitur, neque illarum legum intentio eſt, definite caſum fortuitum, aut eos recenſere, & affirmare; ſed: ad caſum fortuitum non teneri conductorem aut commodatarium, adeoque nec ad incendium præſtandum, tunc, quando eſt fortuitum. Et ſanè, quòd incendium ſæpiùs contingat ex culpa, quàm caſu fortuito, ſupponitur in lege 11. *ff. de periculo & commodo rei vend.* dum dicitur: *Cùm incendium ſine culpa fieri non poſſit.*

Secundum fundamentum eſt. Quilibet præſumitur diligens & induſtrius, donec de ejus negligentia & culpa doceatur. Sed reſponde-

tur, hoc axioma procedere, quando deeſt præſumptio Iuris in caſu qui frequentiùs committitur ex culpa, quàm ſine culpa. Negatur autem tale eſſe incendium ortum à domeſticis, & non à cauſa extrinſeca.

Quare àb hac communiore ſententia non ſine oppoſitis fundamentis recedit Fachineus *l. 1. c. 87.* & imprimis ſe fundat in verbis legis 3. §. 1. *ff. de Off. præf. vigilum.* obi dicitur. *Plerumque incendia culpâ fiunt inhabitantium.* Ad quem locum reſpondent adverſarii cum gloſſa, eſſe intelligendum de culpa leviſſima. Bellè profectò. ſic deſtruunt ſuum fundamentum: quòd incendium ſit caſus fortuitus. nam caſus fortuitus non ſit ex culpa leviſſima, ſed ſine omni culpa. Porrò, lex adducta ſupponit culpam ſimpliciter: culpa autem ſimpliciter prolata in Iure ſonat culpam levem, ut ex adverſariis aliqui in terminis docent. Conantur quidem probare, incendium plerumque fieri ex culpa leviſſima ex lege 11. *cit. ff. de per. & comm. rei vend.* Sed, ut exiſtimat Fachineus, lex potiùs nocet adverſariis: nam ſic habet. [Si vendita Inſula combuſta eſſet, cùm incendium ſine culpa fieri non poſſit, quid Iuris ſit? Reſpondi, quia ſine Patrisfamilias culpa fieri poteſt, neque ſi ſervorum negligentiâ factum eſſet; continuò Dominus in culpa eſt. Quamobrem ſi diligentiam venditor adhibuiſſet eam in Inſula cuſtodienda, quam debent homines frugi & diligentes præſtare, ſi quid accidiſſet, nihil ad eum pertinebit.] Senſus legis eſt, incendium quidem regulariter abſque culpa non fieri, & plerumque inhabitantium culpâ, ſed non ſtatim patremfamilias eſſe condemnandum, quia ſi diligentiam adhibuit, non tenetur. Diligentiæ ergo probatio excuſat patremfamilias. Ità Fachineus. Exiſtimo tamen, quòd ſi antecedenter conſtaret, patremfamilias eſſe hominem frugi, & benè adminiſtrantem domeſtica, non eſſet illi opus probatione aliâ peculiari, ut hîc & nunc cenſeretur officio ſuo non defuiſſe.

527. Et hæc ſunt Iura, quibus aliqui putant fundatam eſſe præſumptionem pro Locatore (quæ eſt longè communior opinio, ut videre eſt apud Berlichium *p. 4. concluſ. 25.*) contra conductorem. Sed, meo judicio, præſumptio Iuris nec poteſt eſſe univerſalis pro conductore, nec contra illum, cùm ex circumſtantiis variis pendeat, quid præſumendum ſit.

528. Ad facilitandam praxin operæ pretium erit magis particularia referre, quæ communiore & ſaniore DD. calculo ſunt approbata.

Imprimis ergo, quando dicunt communiter DD. quòd incendium præſumatur quidem culpâ inhabitantium, ſed non niſi leviſſimâ exortum præſumi, intelligi volunt de culpa, quæ in omittendo, vel negligendo conſiſtit, non quæ in committendo, vel faciendo. Ità Menochius *lib. 2. de arbitr. Iud. cent. 4. caſu 390. n. 7.*

Hinc cooclúdunt DD. quòd ex hac præſumpta culpa leviſſima nemo ad pœnam vel damni reparationem damnandus ſit, niſi alioquin vel ex pacto, vel ex natura contractùs ad culpam leviſſimam præſtandam teneatur. Quare ſi qui ad reparationem damni agere velint, incumbet illis probatio culpæ levis.

529. Docent 2. Ad hoc ut poſſit fieri condemnatio ad damni reparationem, requiri ut probetur culpa alicujus certæ & determinatæ perſonæ. Quapropter, ſi in domo combuſta plures ſint inquilini, omnes abſolvendi ſunt, quamdiu non probatur alicuius determinati culpâ accidiſſe. Excipiunt tamen Incolam qui ſit malæ fidei poſſeſſor.

Docent 3. Culpam probandam eſſe ſaltèm conjecturis, & indiciis, quæ an ſufficiant, Iudicis arbitrio relinquunt. Quodſi unicus domum inhabitet, tanta contra eum eſt præſumptio, ut capi, & ulteriùs inquiri poſſit, non tamen continuò condemnari.

530. In ſpecie verò culpa lata & levis præſumitur, ſi actor doceat, ioquilinum in loco incongruo & periculoſo ignem excitâſſe, v. g. in ſtabulo ſtramine aut fæno repleto, &c. Item, ſi ignis excitatus eſt flantibus ventis, in loco unde potuit flamma vento deferri ad partem domûs concipiendo igni idoneam. Item ſi probetur, non texiſſe de nocte ignem velatum, ſeu coopertum.

Quomodo autem Paterfamilias teneatur ex culpa ſuorum domeſticorum, ſi circa ſuum officium deliquerunt, huc non pertinet, ſed ad declarationem actionis ex lege Aquilia, ex qua etiam leviſſima culpa in commiſſione conſiſtens præſtanda eſt, de quo puncto actum aſt *to. 1. tr. 2.* nempe ſi quis ex famulis culpam circa ſuum officium commiſit, v. g. ſi ſtabularius candelam in ſtabulo negligentiùs affixit. Vnde infertur, quòd etiamſi domeſticus culpam commiſiſſet, ſed non actu pertinente ad ſuum officium, ſed alio, v. g. bibendo tabacum, tractando bombardas &c. Paterfamilias actione ex lege Aquilia pulſari non poſſet. Sed, ut dixi, hæc aliò pertinent.

CON-

CONTROVERSIA XVI.

Quandonam Conductor expelli poſſit ante lapſum temporis conſtituti.

SUMMARIUM.

Prima cauſa expellendi Conductorem, mora in ſolvenda penſione. 531.
An obſtaret pactum ſub pœna, non expellendi ante tempus. 532.
An ſufficiat, vel primo anno non ſolviſſe penſionem. 533.
Intellectus legis 54. §. 1. & l. 56. ff. locati. 534.
An Iure Canonico requiratur biennium. 535.
Secunda cauſa expellendi: neceſſitas Locatori de novo emergens. 536.
Quid ſi Locator habet plures ædes locatas. 537.
Quid ſi ſtipulatione promiſſum eſſet non expellendum ante tempus. 538.
An hæc neceſſitas etiam locum habeat in prædio ruſtico locato. 539.
Tertia cauſa: neceſſitas reficiendi ædes. eod.
Quarta: abuſus rei locatæ. 540.
An poſſit locator exigere penſionem pro tempore reſiduo. eod. *& ſeq.*
Si res locata fuit hypothecæ ſubjecta pro ſecuritate contractûs, an adhuc expelli poſſit. 542.
An ex cauſis poſitis poſſit locator Conductorem expellere propriâ auctoritate. 543.

531. DICENDUM eſt, poſſe Conductorem a Locatore à re conducta expelli (præſcindendo nunc, an privatâ, vel ſolùm publicâ auctoritate, de quo poſtea) ante finitum locationis tempus, ex quatuor cauſis. Et Primò, ſi debito tempore penſionem non ſolvat. lege 3. *C. h. t.* [Æde, quam te conductam habere dicis, & penſionem Domino ſolviſti, invitam te expelli non oportet.] Ergo ſi non ſolvit, poteſt expelli. In eadem lege ſubjunguntur ceteræ cauſæ his verbis. [Niſi propriis uſibus Dominus eam neceſſariam eſſe probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu malè in re locata verſata es.] Circa quas varia dubia ſunt expedienda.

532. DUBITATUR ergo 1. Si in Contractu conventum fuiſſet, ut ſub certa adjecta pœna ante tempus, nec poſſet conductor expelli, nec etiam ſponte recedere, an nihilominus expelli poſſit non ſolutâ penſione. ℞. Affirmativè, per textum expreſſum in lege 45. §. 1. *ff. h. t.* [Inter Locatorem fundi, & Conductorem convenit, ne intra tempora locationis Sejus conductor de fundo invitus repelleretur, & ſi pulſatus eſſet, pœnam decem præſtet Titius Locator Seio Conductori: vel Seius Conductor Titio, ſi intra tempora locationis diſcedere vellet, æquè decem Titio Locatori præſtare vellet. quod invicem de ſe ſtipulati ſunt: quæro, cùm Seius conductor biennii continui penſionem non ſolveret, an ſine metu pœnæ expelli poſſit. Paulus reſpondit, quamvis nihil expreſſum ſit in ſtipulatione pœnali de ſolutione penſionum, tamen veriſimile eſſe, ità conveniſſe de non expellendo colono intra tempora præfinita, ſi penſionibus paruerit, & ut oportet coleret: & ideo ſi pœnam petere cœperit is, qui penſionibus ſatis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.] Quibus verbis explicatur ratio reſolutionis. nempe quia non cenſetur fuiſſe intentio cedendi Iure expellendi, ſi obſervanda non obſervaverit Conductor, ſed ſolùm hoc intendebant, ut locatori integrum eſſet expellere Conductorem abſque alia cauſa, dummodo pœnam adjectam ſolveret.

Hinc autem videbatur inferendum, quòd, ſi non fuiſſet adjecta pœna, non poſſet expelli ob non ſolutam penſionem. quia alioquin illud pactum nihil operaretur, ſed perinde eſſet acſi adjectum non eſſet. Videri quidem poſſet locator voluiſſe ſe obligare ad non utendum jure expulſionis, quod alioquin haberet. Verùm, nec hoc legitimè infertur, quia pactum illud poteſt adjectum eſſe hac intentione, ut non expellatur in caſibus, quibus poſſet expelli abſque omni culpa conductoris (ut dicam paulò pòſt) non autem, quando eſt in culpa, ut eſt, ſi non ſolvat penſionem. Itaque ex aliis circumſtantiis judicandum erit, quo ſenſu voluerit ſe locator obligare ad non expellendum.

533. DUBITATUR 2. An ſufficiat, vel primi anni penſionem non ſolviſſe, ut poſſit expelli, vel requiratur, ut biennium non ſolverit. Leſſius cum aliis quos ſequitur Lugo n. 12. volunt, tam Iure Civili, quàm Iure Canonico requiri biennium, & inſuper requirunt, quòd conductor elapſo biennio non ſtatim purgaverit moram offerendo penſionem. Iuriſtæ quos ſequitur Harpprecht n. 71. ſine diſcrimine negant requiri biennium, ſed ſufficere volunt, primâ vice quâ tenebatur ſolvere, non ſolviſſe. Alii quos ſequitur P. Molina d. 499. diſtinguunt inter Ius Cæſareum, & Canonicum, & priore attento negant, ſecundo verò affirmant requiri biennium.

534. DICO 1. Iure Cæſareo non requiritur biennium. Colligitur ea *lege 3. C. h. t.* jam antè recitata, ubi nulla planè fit mentio bienni: ſed ſimpliciter requiritur quòd ſolverit penſionem, ad hoc ut expelli non poſſit: atqui ſermo ſimpliciter prolatus de primo actu intelligitur, ideſt, unico actu perficitur, conſumitur atque finitur, ut communiter tenent DD. *in leg.* 89. §. 1. *ff. de V. S.* ubi dicitur. *Hoc ſermone: dum nupta fuerit: primæ nuptiæ ſignificantur.*

Objiciunt 1. *lege* 54. §. 1. *ff. locati.* ℞. Quòd ibi mentio fit de biennio, non pertinet ad deciſionem, ſed narrationem facti, unde certum eſt, nihil concludi. Lex paulò antè eſt recitata. Addit Pater Molina, ideo mentio-

nem biennii factam utiliter eſſe in ea lege, quia hinc conſtare poterat de pertinacia, & quòd moram non celeriter purgaverit.

Objiciunt 2. *Legem 56. ff. eodem*, ubi etiam fit mentio biennii. ℟. Non fieri mentionem biennii tanquam termini ad expulſionem requiſiti, ſed quòd bona abſentis & per biennium non apparentis, ſint deſcribenda. Lex ità habet. [Cùm domini horreorum inſulatúmque deſiderant, diu non apparentibus, nec ejus temporis penſiones exſolventibus conductoribus, aperire, & ea quæ ibi ſunt deſcribere à publicis perſonis, quorum intereſt, audiendi ſunt: tempus autem in ejuſmodi re biennii debet obſervari.] Nempe quia durum & inhumanum eſt, alicujus res ſecretas & patrimoniales detegi: ideo rectè longinſculum tempus requiritur à legibus ad hanc deſcriptionem.

535. DICO 2. De Iure Canonico videtur requiri biennium, propter ultima verba cap. 3. h. t. ubi dicitur, [poſſe conductorem rationabiliter amoveri, ſi canonem per biennium non ſolviſſet, ſibi ſatisfactione celeri non providit.]

Reſpondent adverſarii, hunc textum eſſe intelligendum de emphyteuta. Sed eſt violenta explicatio; nam loquitur de locatione ſimpliciter, & tradit cum Iure civili tres alias legitimas expellendi cauſas, quæ non procedunt omnes de emphyteuta. Favet quidem reſponſioni terminus *Canonis*, qui magis convenit emphyteutæ, quàm Conductori: videtur tamen abſurdum, quòd Pontifex in ultimis verbis ſtrictiùs acceperit locationem, quàm in prioribus, quare hæc interpretatio, ut dixi, non ſatis congruit textui. Voluit fortè Pontifex conſtituere biennium in favorem ſententiæ tunc jam probabilis ex Iure Digeſtorum faciente mentionem biennii. Et hæc circa primam cauſam expellendi Conductorem ante lapſum temporis.

536. Secunda & legitima cauſa expellendi conductorem necdum finito locationis tempore, eſt neceſſitas poſt factam locationem Locatori ſuperveniens, nec prævisa, inhabitandi domum locatam. Ità lege Codicis 3. citata, & cap. *Propter ſterilitatem*, cit. Caſus habetur in gloſſa. ſi domus inhabitata inſperatò corruat, aut minetur ruinam, ut tutò inhabitari non poſſit, neque locator habeat aliam inhabitabilem. item ſi habeat in domo inhabitata hoſtem ſibi periculoſum, &c. aliud exemplum affertur, ſi locator præter ſpem ducat uxorem, ut non ſufficiat prior domus ad habitandum: aut matrimonio junxit filium, cui domus locata eſt neceſſaria. item ſi locator acquirat novum officium aut dignitatem requirentem majorem habitationis locum.

537. Dubitari poſſet 1. Utrum, ſi Locator haberet plures ædes diverſis locatas, poſſit ex tali neceſſitate, quemcunque illorum vellet, expellere. Et inprimis mihi certum eſt, non poſſe expellere, niſi quantùm requirit neceſſitas. Deinde exiſtimo, habere vi privilegii à Iure conceſſi optionem inter conductores: nam cum ſinguli ſecundùm juris diſpoſitionem contraxit: & ſicut ex legitimis cauſis poteſt quiſque conductorum recedere, ità & ex iiſdem expelli: nam per hoc quòd pluribus locaverit, non auſertur illi jus acquiſitum contra primum conductorem. Cenſeo tamen, quòd, ſi cætera eſſent paria, & unus tamen ex conductoribus ſolviſſet conſtanter penſionem, alius autem non ſolviſſet, & ſic ad hunc expellendum duplex cauſa ſufficiens eſſet, æquitati conſentaneum eſſet, ut iſte præ illo expelleretur: quod nuper in occurrente caſu conſului, & obtinui.

538. DUBITATUR 2. Utrum ſi ſtipulatione promiſſum eſſet, non expellendum conductorem ante lapſum temporis, adhuc expelli poſſet ſuperveniente hujuſmodi neceſſitate. P. Molina dicit, ex circumſtantiis eſſe judicandum, an promittens voluerit ſe ad hunc caſum obligare. Sed quid ſi ex circumſtantiis non appareat? Covarruvias *variar. reſ.* c. 15. *n.* 4. affirmat poſſe expelli: quia pactum videtur ſolùm ſe extendere ad caſus non privilegiatos à Iure. Sed hoc mihi difficile eſt, quia hoc contineretur in ipſo contractu, nullo adjecto pacto: videtur ergo pactum adjectum eſſe cum aliqua renuntiatione privilegii à Iure conceſſi.

Putarem ergo, præſumendum eſſe, quòd illud pactum fuerit adjectum ad non expellendum etiam in caſibus à jure conceſſis, excepto caſu non ſolutæ penſionis, in quo culpa & infidelitas conductoris verſatur, ut proinde fidem non ſervanti, fides quoque meritò non ſervetur. Et ità ſentit Angelus *in legem 3. C. citatam.* & Valaſquus putat in judicando hanc ſententiam præ valituram.

539. Dubitari poſſet 3. An hæc cauſa poſſet etiam habere locum in prædio ruſtico locato. Negat Lugo, & Molina, & ante hos Ant. Gomez c. 3. n. 6. nullo adducto jure, ſed ex ea ſolùm ratione, quia putant, non poſſe illam neceſſitatem occurrere. Ego autem exiſtimo poſſe etiam in hujuſmodi locum habere: nempe ſi locator præter ſpem cogeretur pecora ſua aliáque quæ in prædio ſuo alio non locato habet, aliò transferre, quia v. g. ſtabulum corruit, aut combuſtum eſt: cur enim hoc privilegium ſolis ædibus & urbanis prædiis concederetur? Neque refert, quòd lex 3. Codicis loquatur de æde, nam hoc ideo eſt, quia de illa erat Imperatori propoſita quæſtio. alioquin neque ob non ſolutam penſionem poterit ex prædio ruſtico expelli, cùm etiam de ſola æde id dicat lex, quod tamen nemo dixerit. Non extenditur ergo privilegium ultra verba legis, ſi verba accipiantur in ſenſu & ſecundùm intentionem legiſlatoris, quæ utique ad prædia ruſtica tanquam receptacula pecorum

rura non minùs ſe extendebat, quàm ad ædes urbanas.

Tertia expellendi cauſa ante finitum locationis tempus, eſt, neceſſitas reficiendi ædes locatas, quæ refectio cùm ad locatorem ſpectet, quandoque talis eſſe poteſt, ut perfici non poſſit niſi emigrante conductore. Habetur Iuribus jam adductis. Finitâ refectione reſtituenda eſt domus conductori, & pro rata temporis penſionis pars remittenda, ut habetur cap. 3. cit. ibi. [Verùm, invito inquilino domum inhabitare vel reficere poteris, ſi neceſſitas, (quæ tamen non imminebat locationis tempore) id expoſcat, remiſſâ ſibi pro reſiduo temporis penſione.]

540. Quarta expellendi cauſa, iiſdem juribus expreſſa, eſt, abuſus rei conductæ, ſive fiat deſtructione & deterioratione, ſive ſcandaloſâ uſurpatione, & bonis moribus contrariâ: v. g. meretrices aut lenones introducendo, vel alia exercendo, quæ viciniæ moleſtiam creent.

DUBITATUR, utrum Locator nihilominus poſſit integram penſionem pro reliquo etiam tempore, quo alioquin conductor tolerandus fuiſſet, exigere; vel potiùs an ſit remittendum pro rata temporis, ſicut in caſu ſecundæ & tertiæ cauſæ, in quibus certum eſt eſſe remittendum. De hoc ergo quarto caſu dubitatur, ex cujus dubii reſolutione conſtabit etiam, quid dicendum ſit in caſu primæ cauſæ, nempe quando conductor expellitur ob non ſolutam penſionem.

Prima ergo ſententia ſimpliciter docet, nihil eſſe remittendum. Ità poſt Cynum & Azonem Navarrus in Manuali c. 17. n. 194. quorum ratio eſt, quia culpâ ſuâ ejicitur conductor. quæ ratio cùm etiam procedat in caſu primæ cauſæ, utique idipſum de hoc dixiſſent.

Secunda ſententia vult eſſe remittendum. Ità Salycetus, Durandus in ſpeculo, poſt gloſ. addunt tamen, locatori competere actionem de damno illato, ſeu ad intereſſe, & hoc eſt extra controverſiam: ſed an inſuper penſio integra exigi poſſit, eſt dubium.

Tertia ſententia eſt P. Molinæ qui in hoc approbat opinionem & diſtinctionem Gregorii Lopez. Si locator expulſo conductore, invenit alium qui conduceret pro ſequenti tempore tantâ mercede pro rata temporis, quantam pactus erat prior conductor, qui expellitur, vel ſi talem offert prior conductor, tùc priori conductori eſt remittendum de penſione: Si verò nullum invenit, nihil eſt remittendum: quia non debet Locator ex culpa conductoris jacturam pati penſionis, adeóque hæc jactura jam venit computanda inter damna illata, pro quibus certum eſt teneri conductorem. Idem tenet Leſſius.

541. Quarta, & mihi rationabilior ſententia eſt Cardinalis Lugo n. 15. Si enim conductoris perverſa converſatio in ædibus eſt ejuſmodi, ut nec deceat nec liceat conductorem tolerare, adeóque moraliter & civiliter cogatur locator expellere conductorem, quia v. g. præbet ſcandala, vel lædit vicinos, &c. tunc utique poteſt totam penſionem exigere, ſi non poteſt habere commodè alium qui abſque tali abuſu velit conducere: & in hoc caſu procedit ſententia tertia. Si verò non infert talem neceſſitatem, ſed poſſet tolerari bonâ conſcientiâ, ſi vellet locator habere patientiam, contentus, quòd poſſet conductorem convenire ratione damni dati, tunc non poterit exigere totam penſionem: ratio eſt, quia hujus jacturam non patitur invitus, ſed volens, utendo jure expulſionis, ad quod nemo cogit.

Ob hanc rationem infertur, nec in primo caſu, quando penſio non ſolvitur, poſſe totam penſionem exigi, quia locator non habet neceſſitatem expellendi, ſed poſſet, ſi vellet, tolerare, & ad integram penſionem agere: ergo jacturam integræ penſionis non tam invitus, quàm volens, non tam à conductore, quàm à ſeipſo patitur.

Circa omnes quatuor cauſas hactenus enumeratas, duo dubia ſuperſunt. Itaque

542. DUBITATUR 1. Si res locata fuit hypothecæ ſubjecta pro ſeveritate contractûs, an adhuc poſſit ex allatis cauſis conductor expelli. Negârunt aliqui, ſed affirmant communiùs alii, quos ſequitur Covar. Valaſq. Molina. Ratio eſt, quia, ſicut alibi diximus de Iuramento contractibus adjecto, quòd non firmet contractum, nec ſe ulteriùs extendat, quàm quòd ſervandus ſit, quouſque abſque juramento, ex natura contractûs & ex Iuſtitia ſervandus eſſet, & ſuperaddat ſolummodo motivum Religionis, ità etiam de hypotheca dicendum eſt.

Dices. Suprà diximus, quòd vigore talis hypothecæ ſucceſſor particularis non poſſit expellere conductorem. ergo nec locator poterit expellere: quia conductor acquiſivit jus in re, quod non debet eſſe fortius contra ſucceſſorem particularem, quàm contra locatorem. ℞. Negando conſequentiam. Diſparitas eſt, quia jus conductoris ex hypotheca quæſitum, eſt antiquius quàm jus ſucceſſoris particularis: & eſt abſolutum reſpectu illius, & ideo non poteſt jus ſucceſſoris illi præjudicare. at verò jus locatoris eſt antiquius jure conductoris per hypothecam quæſito, & hoc eſt tantum conditionatum reſpectu locatoris, ſeu meliùs, reſolubile ſicut eſt ipſe contractus.

DUBITATUR 2. Utrum in caſibus allatis poſſit Locator expellere conductorem propriâ auctoritate. Communis ſententia affirmat, ut refert & ſequitur Ald. Valaſq. Greg. Lopez. Eadem quæſtio movetur & reſoluta eſt de emphyteutâ & Vaſallo.

543. DICENDUM omnino videtur, non poſſe propriâ auctoritate expelli. Ratio juris generalis eſt regula 176. ff. de R.I. [Non eſt ſingulis concedendum, quod per magiſtratum publicè poſſit fieri, ne occaſio ſit majoris tumultûs faciendi.]

Ad hoc probandum adducit Hunnius legem 9. *C. unde vi.* quàm retuli in tr. de Interdictis. Sed hæc lex ad propoſitum non facit, quia loquitur de expulſione illius qui ſuo nomine poſſidet, & quidem civiliter, & ideo amittit jus quod priùs habebat.

Meliùs adducitur lex 13. ff. quod metûs causâ, ubi dicitur. [Exſtat decretum D. Marci in hæc verba. Optimum eſt, ut ſi quas putas te habere petitiones, actionibus experiatis; cùm Marcianus diceret, vim nullam feci: Cæſar dixit: tu vim putas eſſe ſolùm, ſi homines vulnerentur? vis eſt tunc, quoties quis id, quod deberi ſibi putat, non per judicem repoſcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipſo ſibi ſponte datam, ſine ullo judice temerè poſſidere, NB. vel accepiſſe, iſque ſibi Ius in eam rem dixiſſe, jus crediti non habebit.]

Neque refert, quòd in Iure ſæpiùs dicatur, poſſe conductorem à locatore expelli. hoc enim intelligendum eſt, ſervato juris ordine: neque ſonat corporalem, ſed civilem expulſionem, ut loco citato dixi.

CONTROVERSIA XVII.

De variis exemplis quibus Locator culpam præſtare tenetur, aut damnum etiam ſine culpa datum:

SUMMARIUM.

D*Antur varii caſus, quibus Locator culpam aut damnum præſtare tenetur. Primus ex lege* 19. §. 1. ff. locati de vaſis vitioſis locatis. 544.

Secundus caſus ex lege 6. §. 4. ff. de act. empti. eod.

Tertius ex lege 13. § 6. ff. locati. *&* l. 9. §. 5. ff. eod. 545.

Quartus ex lege 13. §. 1. *&* 2. *ff. eod.* 546.

Quintus de non præſtita opera ut promiſſa eſt: ex variis legibus. 547.

SVprà vidimus, quibus caſibus culpam levem præſtare teneatur conductor, nunc de locatore eandem obligationem videamus.

544. Primum exemplum habetur in l. 19. §. 1. ff. h. t. [Si quis dolia vitioſa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod intereſt, nec ignorantia ejus erit excuſata: aliter atque ſi ſaltum paſcuum locâſti, in quo herba mala naſcebatur. hîc enim ſi pecora vel demortua ſunt, vel etiam deteriora facta, quod intereſt præſtabitur, ſi ſciviſti: ſi ignorâſti, penſionem non petes.]. Sed quæ eſt diſcriminis ratio, cur hoc paſcui locati caſu admittatur ignorantia, ut excuſet ab intereſſe, non item in caſu locatorum vaſorum? &c. Diſcrimen eſſe, quòd faciliùs præſumatur inculpabilis ignorantia in paſcuis, quæ non poterat priùs experiri, an continerent herbas malignas, ſicut poterat experiri vaſorum integritatem. Hinc fit

Exemplum 2. in *l. 6. §. 4. ff. de act. empti.* in fine. [Quod & in locatis doliis præſtandum Sabinum reſpondiſſe Minicius refert.] Nempe, ſi vaſa pro non vitioſis locâſſet, nulla ignorantia excuſaret, ſed cenſeretur locator periculum in ſe ſuſcepiſſe.

545. Exemplum 3. habetur *l. 13. §. 6. ff. h. t.* [Si fullo veſtimenta polienda acceperit, eáque mures roſerint, ex locato tenetur: quia debuit ab hac re cavere: & ſi pallium fullo permutaverit, & alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiam ſi ignarus fecerit.] Huc etiam pertinet, quod habetur *l. 9. §. 5. ff. h. t.* [Celſus etiam imperitiam culpæ adnumerandam ſcripſit: ſi quis vitulos paſcendos, vel ſarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum præſtare debere, & quod imperitiâ peccavit, culpam eſſe, quippe ut artifex (inquit) conduxit.]

546. Exemplum 4. Habetur *l. 13. §. 1. & 2. ff. h. t.* [Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit, & cùm flumen navis ea ſubire non poſſet, in aliam navem merces tranſtulerit, eáque navis in oſtio fluminis perierit, tenetur primus navicularius. Labeo, ſi culpa caret, non teneri, ait. cæterùm ſi vel invito domino fecit, vel quo non debuit tempore, aut ſi minùs idoneæ navi impoſuit: tunc ex locato agendum. §. 2. Si Magiſter navis ſine gubernatione in flumen navem immiſerit, & tempeſtate ortâ temperare non potuerit, & navem perdiderit: vectores habebunt adverſùs eum ex locato actionem.]

547. Exemplum 5. Eſt in eo, qui locavit operam ſuam ad faciendum ædificium tale, ut mereatur approbari boni viri arbitrio, vel certo tempore abſolvendum, & hæc non præſtat. de quo habentur plures leges *h. t. ff. l. 36.* [Opus quod averſione locatum eſt, donec approbetur, conductoris periculo eſt (*conductor hic vocatur ille qui operam ſuam locavit, quod etiam in ſeqq. obſervandum.*) quòd verò ità conductum ſit, ut in pedes menſuráſque præſtetur: eatenus conductoris periculo eſt, quatenus admenſum non ſit: & in utraque cauſa nocitutum locatori (*id eſt,*

(*id eſt, qui operam alterius conduxit*,) ſi per eum ſteterit, quominus opus approbetur, vel admetiatur: ſi tamen vi majore opus priùs interciderit quàm approbaretur, locatoris periculo eſt, niſi ſi aliud actum ſit: non enim ampliùs præſtari locatori oporteat, quàm, quòd ſuâ curâ atque operâ conſecutus eſſet. *& lege ſeq.* Si priùs quàm locatori opus probaretur, vi aliqua conſumptum eſt, detrimentum ad locatorem ità pertinet, ſi tale opus fuerit, ut probari deberet] Ergo per argumentum à contrario ſenſu, ſi non fuiſſet approbandum, detrimentum ad artificem ſpectaret. *& l.* 51. §. 1. [Locavi opus faciendum, ità ut pro opere redemptori certam mercedem in dies ſingulos darem, opus vitioſum factum eſt, an ex locato agere poſſim. Reſpondit, ſi ità opus locâſti, ut bonitas ejus tibi à conductore adprobaretur: tametſi convenit, ut in ſingulas operas certa pecunia daretur: præſtari tamen tibi à conductore debet, ſi id opus vitioſum factum eſt, &c. poterit ergo ex locato cum eo agi, qui vitioſum opus fecerit, niſi ſi ideo in operas ſingulas merces conſtituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tunc enim nihil conductor præſtare domino de bonitate operis videtur.] *& l.* 59. Marcius domum faciendam à Flacco conduxerat (*ideſt Flacco operam ſuam locavit*) deinde operis parte effectâ, terræ motu concuſſum erat ædificium, ſi vi naturali veluti terræ motu (*qualis fuit, dum hæc ſcribo, in Tyvoli Anno* 1670. 17. *Iulii, manè poſt horam ſecundam, cum ingenti domorum ruina*) hoc acciderit, Flacci eſſe periculum.

CONTROVERSIA XVIII.

Ad quas expenſas teneantur Locator aut Conductor.

SUMMARIUM.

Quod ad expenſas ſolvendas in re locata, attendenda conſuetudo. 548.

Locator tenetur ad expenſas neceſſarias pro rei utilitate conſervanda. 549.

An aliquæ expenſæ ſpectantes ad tempus conductionis, conductori ſolvendæ ſint. 550.

Quas expenſas à ſe factas poſſit conductor repetere. 551. *& ſeq.*

Cujus expenſis debeat res meliorari, ſi conventum eſt, ut conductor curet perfici. eod.

An poſſit rem locatam retinere, donec expenſæ ſolvantur. 553.

548. DICENDUM eſt 1. Si conſuetudo alicujus loci habet, ut vel Conductor, vel Locator certas expenſas teneatur facere in re locata, illi ſtandum eſt, non ſolùm quando conſuetudo habet vim legis, ſed etiam quando non habet, quia niſi aliud fuerit in ipſo contractu expreſſum, præſumuntur contrahentes conſenſiſſe in illas obligationes, quæ tali loco communiter obſervantur, ut habet reg. Iuris 34. ibi. [erit conſequens, ut id ſequamur, quod in regione, in qua actum eſt, frequentatur. *& in ſpecie de hoc contractu habetur l.* 19. *C. h. t.* Circa locationes atque conductiones maximè fides contractus ſervanda eſt, ſi nihil ſpecialiter exprimatur contra conſuetudinem regionis.]

549. DICENDUM 2. Locator tenetur facere illas expenſas, quæ ad perpetuam rei locatæ utilitatem conſervandam ſunt neceſſariæ. In hoc conveniunt omnes, & conſtabit à fortiori ex ſequenti concluſ.

DUBITATUR ergo de illis expenſis quæ ſolùm reſpiciunt tempus conductionis, quæ quidem ſunt duplicis generis, aliquæ enim requiruntur directè & ex natura rei ad colligendos fructus, de quibus nemo dubitat ſpectare ad conductorem, niſi vel conventione vel conſuetudine aliud ſit receptum: hujuſmodi ſunt colere agros arando, ſerendo, ſtercorando: metere fructus, putare vineas, fodere, &c. Aliæ verò ſunt neceſſariæ ad hoc, ut re locatâ utiliter frui poſſit conductor, ut eſt refectio ædium, cloacæ purgatio, &c. De his docet Ant. Gomez cum quibuſdam aliis, eas expenſas, utpote modicas, ad Conductorem ſpectare: vnde infert, & quidem conſeqaenter, quòd hujuſmodi expenſas nec repetere à Locatore, nec in penſionem computare poſſit. Contra hos tamen

550. DICENDUM 3. Nullas hujuſmodi expenſas ad Conductorem ſpectare, ſed ſi quas earum fecit, poſſe eas repetere, vel in penſionem computare. Ità communis & mihi certa ſententia, jure ſcripto inſpecto. Exemplum elegans habetur in lege 19. §. 5. *ff. h. t.* [Si inquilinus arcam æratam in ædes contulerit, & ædium aditum coanguſtaverit Dominus, veriùs eſt, ex conducto eum teneri, & ad exhibendum actione, ſive ſcit, ſive ignoraverit: officio enim Iudicis continetur, ut cogat eum aditum & facultatem inquilino præſtare ad arcam tollendam, ſumptibus ſcilicet locatoris]

Clariſſimè idipſum ſupponitur in *lege* 15. §. 1. *ff. eod.* ubi dicitur, Conductori competere actionem ex conducto adversùs locatorem, *ſi villa non reficitur vel ſtabulum, vel ubi greges ejus ſtare oporteat.* Et hinc habes diſcrimen notabile inter Vſufructuarium, & Conductorem ad breve tempus. Nam Vſufructuarius ad hujuſmodi expenſas tenetur, nec eas repetere poteſt. Non minùs clarè habetur. *L. unica.* §. 3. *ff. de viis publ.* [Conſtruant autem vias publicas unuſquiſque ſecundùm propriam domum, & aquæductus purget qui ſub dio ſunt, id eſt, cælo libero, & conſtruat ità, ut non prohibeatur vehiculum tranſire. NB. Quicunque autem mercede habitaris

ſequ

ſi non conſtruat Dominus, ipſi conſtruentes computent diſpendium in mercedem.]

551. DICENDUM 4. Si Conductor utiles aliquas expenſas, quibus melior eſt reddita res Conducta, ſaltèm cum tacito conſenſu locatoris fecit, poteſt eas etiam repetere, vel in mercedem computare, etiam caſu quo ante finitum tempus culpâ ſuâ ejiceretur. Ità intelligenda eſt lex 55. §. 1. *ff. h. t.* [In conducto fundo ſi conductor ſuâ operâ aliquid neceſſariò vel NB. utiliter auxerit, vel ædificaverit, vel inſtituerit, cùm id non conveniſſet ad recipienda ea quæ impendit, ex conducto cum Domino fundi experiri poteſt.] & *l. 61. pr. ff. eodem.* [Colonus, cùm lege locationis non eſſet comprehenſum, ut vineas poneret: nihilominus in fundum vineas inſtituit: & propter earum fructum denis ampliùs aureis annuis ager locari cœperat: quæſitum eſt, ſi Dominus iſtum Colonum fundi ejectum, penſionum debitarum nomine conveniat, an ſumptus utiliter factos in vineis inſtituendis reputare poſſit, oppoſitâ doli mali exceptione. Reſpondit, vel expenſas conſecuturum, vel nihil ampliùs præſtaturum.]

Dixi: *Saltèm cum tacito conſenſu Locatoris.* Neque enim ad eas faciendas, utpote non neceſſarias, cogi Locator poteſt à Conductore. Nihilominus

552. DICENDUM 5. Si hujuſmodi utiles expenſas fecit abſque omni conſenſu Domini, ea ne ſi eas finito tempore vult & poteſt auferre, id ei licet, dummodo non lædatur res locata. Ità habetur *l. 19. §. 4. ff. h. t.* [Si inquilinus oſtium, vel quædam alia ædificio adjecerit, quæ actio locum habeat. Et eſt veriùs quod Labeo ſcripſit, competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat: ſic tamen ut damni infecti caveat, ne in aliquo, dum aufert, deteriorem cauſam ædium faciat; ſed ut priſtinam faciem ædibus reddat.]

Dubitatum eſt, cujus expenſis debeat res locata meliorari, ſi conventum eſt, ut Conductor curaret perfici, ſed non eſſet expreſſum, cujus impenſis fieri debeat. Valaſquez probabile putat, eſſe faciendum locatoris expenſis: quia non videtur alia fuiſſe intentio, quàm obligandi conductorem ad curam, non autem ad expenſas. P. Molina ait, ſe in dubio non audere ab hac ſententia recedere. Quod ſanè mirum eſt: nam contraria intentio rectiùs præſumitur, nempe, quòd voluerit obligare etiam, ut conductor propriis expenſis curet. ſicut ſi quis locat equum, adjectâ conditione, ut ferreas ſoleas curet refici, ut pabulum præbeat, nemo dubitat, quin Conductoris ſumptibus hæc fiant. & ideo hoc affirmat cum Greg. Lopez, Card. de Lugo.

553. DICENDUM 6. Conductor poteſt factas expenſas, & ſecundùm dicta refundendas à Locatore, poteſt, inquam, illas conſequi, retinendo rem locatam, quouſque ſolvantur: arg. legis 33. §. 1. *in fine. ff. de condict. indeb.* ibi, [Et ideo conſtat, ſi quis, cùm exiſtimaret, ſe hæredem eſſe, inſulam hæreditariam fulſiſſet, nullo alio modo, quàm per retentionem impenſas ſervare poſſe.]

CONTROVERSIA XIX.

An res Conductoris, & quænam, ſint pro Mercede, vel rei locatæ deterioratione obligatæ.

SUMMARIUM.

Diſtinctio facienda eſt inter Prædium Urbanum & Ruſticum: ut res invectæ ſint hypothecatæ. 554.

An eadem diſtinctio locum habeat ratione deteriorationis. 555.

Reſtringitur Regula ad res illatas, ut ibi ſint ſtabiliter. 556.

Quid ſi res in domum conductam illata eſt, ſciente Domino, res aliena. 557.

An ſtudioſorum libri tacitè obligentur. 558.

DE fructibus, quouſque ſint obligati Locatori, quamvis eorum dominium non habeat, jam ſuperiùs dictum eſt. Nunc de aliis rebus invectis in prædium locatum, agendum eſt. In quo puncto

554. Diſtinguendum eſt inter prædium Urbanum & Ruſticum. Si prædium ſit Urbanum, quo nomine veniunt etiam ædes habitandæ, quæcunque ſunt inducta, ſunt tacitè hypothecata. Si verò fuerit Ruſticum, ea ſolùm, quæ ſciente Locatore ſunt invecta: Textus eſt in lege 5. *C. h. t.* [Certi Iuris eſt, ea quæ voluntate Dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris Iure Dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non eſt neceſſaria in rebus inductis, vel illatis ſcientia Domini, nam ea quoq; pignoris loco tenentur.] & *l. 3. ff. In quib. cauſ. pignus tacitè contr.* [Si horreum fuit conductum, vel diverſorium, vel area, tacitam conventionem de invectis, illatis, etiam in his locum habere verius eſt. & l. 4. Eo Iure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta, illata ſunt, pignori eſſe credantur, quaſi id tacitè convenerit: in ruſticis prædiis contra obſervatur.] Nempe quoad ea quæ ignorante Locatore ſunt illata. Quia verò de ſtabulis urbanis dubitari poterit, ſubjungitur §. 1. [Stabula quæ non ſunt in continentibus ædificiis, quorum prædiorum ea numero ſint habenda, dubitari poteſt. Et quidem urbanorum ſine dubio non ſunt, cùm à cæteris ædificiis ſeparata ſint. quod NB. ad cauſam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multùm ab urbanis prædiis differunt.] Ità commu-

communior opinio: quamvis multi quos ſequitur Harpprecht, velint, non ſufficere, fuiſſe res in prædium ruſticum illatas ſciente locatore, ſed inſuper requiri, ut locator expreſſâ coventione hypothecam conſtituerit, ob §. *Item Serviana inſtit. de act.* Sed de hac re commodiùs agam Controv. 22. ubi de actione Serviana dicendum erit.

555. Ratione deteriorationis autem non inveoio textum, qui faciat diſcrimen, ſed de urbanis prædiis videtur loqui lex 2. *ff. eod.* Pomponius ſcribit. [Non ſolùm pro penſionibus, ſed & ſi deteriorem habitationem fecerit culpâ ſuâ inquilinos, quo oomine ex locato cum eo erit actio, invecta & illata pignori erunt obligata.] De ſolis etiam urbanis loquitor lex 4. *ff. de pactis.* [Item quia conveotiooes etiam tacitè valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori eſſe locatori, etiamſi nihil nominatim convenerit.]

556. Prædicta Regula limitatur, & reſtringitur ad res eo animo illatas, ut ſtabiliter ibi ſerveotur, neque tamen ceſſant eſſe obligatæ, ſi poſtquam tali animo ſunt illatæ, poſtmodum animo mutato auferantur. *l. 7. §. 1. ff. In quibus cauſis. Videndum eſt, ne non omnia illata, vel inducta, ſed ea ſola, quæ ut ibi ſint, illata fuerint, pignori ſint, quod magis eſt.* Vnde infertur, merces mercatorum non eſſe ità hypothecatas, qoia inferuntur eo animo, ut vendantur.

Contra id quod dictum eſt, ea quæ illata ſunt animò retioendi ibi ſtabiliter, manere adhuc oppignorata, etiamſi mutato animo poſtea ſint inde ablata, objiei poſſet lex 9. *ff. eod.* ubi de Mancipiis dicitur, ea in tantùm manere obligata, io quantùm adhuc exiſtuot in loco conducto. Ad hoc reſpondet P. Molioa, io favorem libertatis ità ſtatutum eſſe: vnde potiùs hæc exceptio firmat Regulam in contrarium. Lex ità habet. *Inhabitantes autem manumittimus, ſcilicet, antequam penſionis nomine percludamur: tunc enim pignoris nomine retenta Mancipia liberabimus.*

557. Dubitatum eſt 1. Utrum res aliena in domom conductam illata, etiam ſit oppignorata, ſi illata eſt ſciente Domino. Affirmat gloſſa. Sed commuois ſententia tunc ſolùm id concedit, quando Dominus conſcius in fraudem Locatoris permiſiſſet res ſuas inferri, ut illis deceptus Locator arbitraretur eas eſſe Conductoris, & conſequenter ſibi oppignoratas, non urgeret mercedis ſolutionem ſuo tempore.

558. Dubitatum etiam eſt 2. De Studioſorum libris illatis, an tacitâ coventione obligentur. Negat poſt Accurſium & Zaſium, Bocerus th. 46. per legem *6. ff. de pignorib.* [Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve ſit, ea non continebuntur, quæ veriſimile eſt, quemquam ſpecialiter non fuiſſe obligaturum: ut puta, ſupellex: item veſtis relinquenda eſt debitori, & ex Mancipiis, quæ in eo uſu habebit, ut certum ſit eum pignori daturum non fuiſſe: proinde de myſteriis ejus perquam ei oeceſſariis, vel quæ ad affectionem ejus pertineant.] Ex qua lege inferendum idem videtur de Inſtrumentis Opifici oeceſſariis. Sed io hac re conſuetudo eſt attendenda. Nam & alicubi libros retineri Studioſorum de fuga ſuſpectorum praxis habet.

CONTROVERSIA XX.

Quomodo finito Locationis tempore contractus continuetur: & an antiquo Conductori competat aliquod Ius Prælationis.

SUMMARIUM.

Ratione prædii Vrbani cenſetur Contractus non ultra protractus, quàm donec alteruter velit recedere. 559.

Quantum temporis debeat durare tacitus conſenſus, ut habeat vim novæ locationis. 560.

An in re de novo elocanda habeat prior Conductor Ius Prælationis. 561. *& ſeq.*

CErtum eſt, quòd finito locationis tempore, ſi Locator, aut hæredes illius exigant, res locata ſit reſtituenda, niſi ratione expenſarum licitum ſit Conductori retinere, de quo ſuperiùs actum eſt. Quodſi Locator non urgeat, & Conductor in re locata retiocoda perſiſtat, dubitari poteſt, an tacito conſenſu cenſeatur contractus renovari, & continuari. Cum diſtioctione reſpondendum, &

559. DICENDUM, quòd, ſi prædium ſit urbanum, v.g. domus, cenſetur contractus non ultra protractus, quàm donec alteruter contrahentium velit recedere. Si verò prædium ſit ruſticum, cenſetur tacito conſenſu cootractus protractus ad iotegrum annum, ſed non ultra, quaotumvis à principio fuerit ad plures aonos, v.g. triennium, quioquennium, celebratus. & hoc ideo, qoia utilitas contractûs conſiſtit in perceptione fructuum, qui ſolent in prædiis ruſticis ad finem anni percipi: fructus autem ædium percipitur ipsâ habitatione, adeoque in ſingula momeota. Quodſi elapſo anno iterum diſſimuletur, iterum in aonum cenſetor contractus prorogatus, & ſic deinceps, donec ab alterutra parte recedatur. Ità habetur *l. 13. §. 11.* [Qui impleto tempore conductionis remanſit in conductiooe, non ſolùm reconduxiſſe videbitur, ſed etiam pignora videntur durare obligata: ſed hoc ità verom eſt, ſi noo alius pro eo in priore conductione res obligaverat: hujus enim novus conſenſus erit oeceſſarius. Eadem cauſa erit, ſi Reipublicæ prædia locata fuerint. Quod autem diximus,

taciturnitate utriuſque partis colonum reconduxiſſe videri, ità accipiendum eſt, ut in ipſo anno quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovâſſe, non etiam in ſequentibus annis, & ſi luſtrũ fortè ab initio fuerit conditioni præſtitutum. Sed & ſi ſecondo quoque anno poſt finitum luſtrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem illo anno permanſiſſe, hoc enim ipſo quòd tacuerunt, conſenſiſſe videntur, & hoc deinceps in uno quoque anno obſervandum eſt. In urbanis autem prædiis alio Iure utimur, ut prout quiſque habitaverit, ità & obligetur, niſi in ſcriptis certum tempus conductione comprehenſum eſt.] Ex qua lege etiam illud habetur, quòd fidejuſſoris obligatio per hujuſmodi tacitam prorogationem Conductoris non confirmetur, ſed fidejuſſor liberetur expleto prioris contractûs tempore.

560. Sed quantum temporis debeat durâſſe tacitus conſenſus, ut habeat vim novæ locationis, non eſt in jure definitum, adeóque ad judicis arbitrium ſpectabit, qui ex circumſtantiis poterit animum continoandi probabiliter conjicere.

Ex eadem lege conſtat, hujuſmodi tacitam prorogationem etiam habere locum in prædiis communitatis & Reipublicæ. ad hoc tamen requiritur ſcientia & patientia eorum, qui talia prædia ex officio adminiſtrant, & ad quos elocatio ſpectat.

Porrò, cùm lex hæc loquatur de ſolis prædiis, inde cum gloſſa colligunt DD. talem prorogationem non habere locum in rebus mobilibus aut ſe moventibus elocatis, niſi ex circumſtantiis colligere poſſet conductor, locatorem non eſſe invitum, ut res pro iterum conducta habeatur. Unde & uſu receptum eſt, ut qui conduxit equũ ad aliquem locum, & ſciente domino equum reduxit, ſed ſtatim ad aliud iter ſe accingit, ſciente & patiente locatore, cenſeatur conſenſiſſe; hic poterit pœnitentiâ ductus equum revocare, ſed debet exſpectare, donec iter cœptum finitum fuerit.

Prorogatâ locatione per tacitum conſenſum, etiam pignora manent obligata. *l. 16. C. h. t. ibi.* [Sin autem tempus, in quo locatus fundus fuerat, ſit exactum. & in eadem locatione conductor permanſerit, tacito conſenſu eandem locationẽ unà cum vinculo pignoris renovare videtur.] Et hæc de prima parte tituli, nempe tacita prorogatione. Quoad ſecundam partem

561. QUÆRITUR, An ſi res v. g. Petro locata, & finitâ locatione, deinde iterum elocanda eſt, habeat Petrus jus prælationis.

DICENDUM eſt 1. Reſpectu rei privatæ non habere jus prælationis, etiamſi majus pretiũ offerat, ſed poſſe liberè cui voluerit dominus, rẽ locare. *l. 32. C. h. t.* quod intelligendum, niſi aliter conventum eſſet. [Ne cui liceat, qui aliquã domum alienam vel locum, aut ergaſterium (*eſt officina opificum, vel taberna pro mercibus vendendis*) nomine conductionis accepit, alteri, qui poſt eum domini voluntate ad eandem conductionem acceſſit, litem inferre, quaſi rẽm illicitam aut agenti damnoſam tentaverit: ſed patere facultatem dominis domos ſuas vel ergaſteria vel loca, cui voluerint locandi, ipſis nihilominus qui conduxerint, ab omni ſuper hoc moleſtia liberis conſervandis. niſi fortè pacta per ſcripturam ſpecialiter inita cum dominis, vel cum his qui poſtea conduxerint, legibus videlicet cognita, agentis intentionibus ſuffragentur.] Quòd requiratur ſcriptura, non videtur eſſe de ſubſtantia, ut ſupponit gloſſa Gotifredi.

562. DICENDUM 2. Habere hujuſmodi jus prælationis in prædiis communibus, aut Fiſci, dummodo idem pretium, quod alius offert, ſolvere velit. *l. 4. C. de Locat. prædior. civil.* [Congruit æquitati, ut veteres poſſeſſores fundorum publicorum novis conductoribus præferantur, ſi facta per alios augmenta ſuſcipiant.

CONTROVERSIA XXI.

De Operæ Perſonalis conductione: ubi de Famulorum Mercede, ſeu Salario.

SUMMARIUM.

AN conductor teneatur ad totam mercedem, ſi deſinat uti operâ conducti. 563.

An diſcedenti famulo ante finitum tempus, debeatur pro rata temporis ſalarium. 565. & ſeq.

Quid ſi per notabile tempus fuerit morbo impeditus. 567.

Intellectus legis 1. §. 13. ff. de variis & extraord. 568.

An dominus teneatur ad expenſas extraordinarias pro curatione famuli. 569.

An famulus teneatur ſupplere tempus neglectum. eod.

Quanam cenſenda juſta merces famulorum. eod.

563. QUÆRITUR 1. Si alicujus opera ad certum tempus certâ mercede conducta eſt, deinde verò qui conduxit operarium; non indiget fortè ejus operâ, vel ex alia causâ à ſe proveniente non utitur illius operâ ad aliquod tempus, an operarius conductus debeat de mercede remittere pro rata temporis reſidui.

P. Diana *to. 2. tr. 6. Miſcell. reſol.* 14. docet, excuſari conductorem à mercede ſolvenda, ſi operarius ab eo tempeſtivè monitus, potuit ſe aliis locare, & noluit, vel ſi non potuiſſet alium con-

ducto.

ductorem invenire, ſi à priore non fuiſſet conductus. Ratio hujus opinionis eſt, quia in tali caſu conductor non eſt cauſa jacturæ mercedis, ſed vel ipſe operarius nolens ſe locare aliis, vel defectus eorum qui tali operâ indigent.

564. Communis tamen eſt & recepta ſententia, quòd Conductor per ſe loquendo teneatur ad totam mercedem, ſi per operarium non ſtet, quominùs ejus operâ utatur, neque alteri operam locavit, mercedémque accepit. Ità habetur ſatis expreſsè l. 19. §. 9. ff. h. t. [Cùm quidam exceptor (*id eſt librarius qui deſcribit*) operas ſuas locâſſet, deinde is qui eas conduxerat, deceſſiſſet. Imperator Antoninus cum D. Severo reſcripſit ad libellum exceptoris in hæc verba. Cùm per te non ſtetiſſe proponas, quominùs locatas operas Antonio Aquilæ ſolveres, ſi eodem anno mercedes ab alio non accepiſti, fidem contractûs impleri æquum eſt.] *Secundùm doctrinam P. Dianæ dicere & addere debuiſſet Imperator*: [nec etiam alteri operam locare potuiſſes.] *Item l. 38. ff. eod.* [Qui operas ſuas locavit, totiùs temporis mercedem accipere debet, ſi per eum non ſtetit, quominùs operas præſtet.] Rationem reddit Rebellus. Quia operarius nullo jure juſtitiæ obligatur ad gerendum conductoris negotium in inquirendo alio conductore; ergo per accidens cedit illius commodo, quòd poſſit etiam otiando mercedem lucrari. Neque de hôc poteſt conqueri Conductor: nam huic fortunæ in ipſo contractu ſe commiſit, ſicut econtra operarius etiam ſe obligavit, & manſiſſet obligatus ad laborandum pro deſignata mercede, etiamſi interim inveniſſet alium conductorem, qui mercedem duplicâſſet. Hinc facilis eſt reſponſio ad fundamentum Dianæ, nam eſto ipſe ſit cauſa cur ab alio non accipiat mercedem, non eſt tamen in cauſa, cur non accipiat à conductore primo, quem habet ſibi obligatum, nec tenetur alium ſibi in ejus locum ſubrogare.

565. QUÆRITUR 2. Si famulus ante lapſum integri temporis ad quod conductus eſt, diſcedat, debeat illi ſolvi merces temporis quo ſervivit. Et econtra, ſi dominus illum repellat, debeat illi ſolvi etiam pro reſiduo. Quoad primum membrum Ioannes Azor p. 3. l. 8. c. 13. *de Locat. quæſt. 6.* docet, famulum totam mercedem amittere, eo quòd debito famulatu dominum fraudet. Vnde, inquit, ſolent eſſe leges Principum, vel ſtatuta civitatum, ne quis in famulatum admittat eum, qui à priori domino receſſerit. Item ut hujuſmodi famulus integram mercedem amittat. Intereſt enim Reipublicæ, ne famuli priſtinos dominos deſerant, & ne ab aliis heris admittantur, niſi cognitâ & probatâ cauſâ talis deſertionis. Ità Azor. Quod attinet ad hujuſmodi leges vel ſtatuta, cùm ſint pœnales, non obligant ante Iudicis ſententiam: ante quam non teneretur famulus acceptam mercedem reſtituere, ſi fideliter ſervivit præcedente tempore, neque ſuo diſceſſu aliud damnum cauſet præter carentiam ſui famulatûs. nam ſi aliud damnum per accidens iiſde domino ſequeretur, juxta quantitatem damni ſecuti teneretur famulus, quod poteſt eſſe min⁹ vel majus mercede debitâ, & ideo hinc non poteſt ſtatim inferri, quòd amittat totam mercedem. Quæſtio præſens procedit, quid ſit de Iure naturæ, & ſecluſo pacto expreſſo, de amittenda tota mercede per intempeſtivum receſſum, ſicut econtra de ſolvenda tota mercede per intempeſtivam dimiſſionem à quo jure

566. DICENDVM eſt, eſſe famulo ſolvendam mercedem pro tempore præterito: quia ejus famulatus quoad valorem eſt illi proportionatus. Si tamen ſine cauſa receſſiſſet, teneretur redire ad dominum, & ſatisfacere contractui ex integro, alioquin peccat contra juſtitiam, & tenetur, ut dictum ad intereſſe domino. Si tamen dominus eum nollet recipere, eò quòd ipſo receſſus eſt quædam culpa in dominum commiſſa, non minor illâ quæ ſufficit ad repellendum, non teneretur recipere.

Iure Bavarico habetur de hoc puncto L. R. *tit. 33. art. 2.* Si famulus aut ancilla diſcedat ante terminum, prætendens cauſas, eáſque per teſtes probans, tenetur Dominus ad integram mercedem ſolvendam: ſi verò non probet, totam mercedem amittit. Et art. 3. agitur de eo condemnando ad intereſſe, & niſi redeat ad dominum, incarcerando, &c.

Quoad ſecundum membrum conſtat ex ſuprà dictis, quòd ſi dominus eum dimittit ſine juſta cauſa, nec famulus aliunde conſequitur reſiduum mercedis, locando operam alteri, debeat dominus ſolvere totam mercedem: quia per famulum non ſtetit, quominùs dominus ejus operâ uti poſſet reſiduo tempore, ut autem uteretur, & mercedem ſolveret, ſeu breviùs, ut mercedem accipiendi non eſſet impedimento, jus acquiſivit famulus.

567. QUÆRITUR 3. Si famulus ad aliquod notabile tempus morbo impeditus non potuit famulari, an nihilominùs habeat jus exigendi totam mercedem. Affirmârunt plures: ſed adhuc plures negant, quos refert & ſequitur Diana de Contract. *reſol. 86.* & Lugo n. 58. quod verum eſt, niſi famulatus conſiſteret in talibus obſequiis, ut poſſet intra reliquum tempus quod neglectum erat compenſari, & de facto compenſaretur extraordinario labore. Probatur à paritate alterius rei locatæ: cujus uſus ſi ad aliquod tempus, etiam culpâ impediatur, pro rata temporis merces non debetur, ut ſuprà dictum, & juribus comprobatum eſt. Quod ulteriùs confirmari poteſt ex lege 15. *de Advocatis diverſorum Iudiciorum*: ubi tanquam ſpeciale privilegium & favor conceditur advocatis fiſcalibus, ut ſalarium totius anni intra quem moriun-

tur, hæredibus perſolvatur. [His quoque illud adjiciendum eſſe ſtatuimus, ut ſi quis patroni fiſci adeptus gradum, fatalem diem obierit, univerſi totius anni ſolatia, ea quo hoc idem officium peragere cæperit, ad hæredes, ſeu ſucceſſores ſuos, ſive liberi ſive extranei fuerint, transmittendi tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato liberam habeat facultatem.] Ergo per argumentum à contrario aliis non debetur.

568. Objici tamen poſſet ea lege 1. §.13. *ff. de variis & extraord. cognit.* ubi videtur idipſum de aliis advocatis ſtatutum. [Divus Severus ad hæredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti: quia per ipſum non ſteterat, quominùs cauſam ageret.] ℞. Non eſſe ſenſum, quòd ipſum non ſteterit ratione mortis ſupervenientis, ſed ex culpa vel cauſa clientis: quod benè colligit Lugo ex *pluſquam perfecto*: *Steterat.*

569. QUÆRITUR 4. Utrum Dominus ſaltem teneatur ad expenſas neceſſarias pro curatione famuli. Affirmat Azor. Sed rectiùs alii, quos ſequitur Diana & Lugo, negant deberi ex rigore Iuſtitiæ. Quamvis, ſi illos faciant, niſi aliud moneant, cenſeantur ea charitate & liberalitate donare, ac proinde non poſſunt harum intuitu mercedem minuere, niſi famulus conſenſerit, qui fortè minoribus expenſis contentus fuiſſet.

QUÆRITUR 5. An ſi famulus ægrotavit v. g. per menſem, teneatur vi contractus famulatum deinde per menſem ultra terminum conſtitutum continuare, ut ſic impleat tempus, quod à principio contractûs fuerat determinatum, v. g. annum. ℞. Negativè. Nam contrahentium intentio non ſe extendebat niſi ad annum à die contractûs, v. g. à Feſto Purificationis uſque ad feſtum Purificationis, & ità habet praxis, ſicut & in locatione ædium obſervatur, etiamſi per aliquam temporis partem earum uſus fuerit impeditus.

De juſta famulorum mercede ex regulis generalibus judicandum eſt, & in praxi obſervandum, illam eſſe juſtam, quæ à ſimilis conditionis hominibus ſolvitur. neque ea ſine injuſtitia minui poteſt (in quo aliqui ſordidi rerum adminiſtratores quandoque delinquunt) quando famulus ſe remittit eorum arbitrio, fortè quia non habet notitiam, aut quia non eſt nunc alius qui eum conducat, & tamen oneratur iisdem laboribus, quibus alii priùs onerabantur, & fortè duplicatam mercedem exigebant.

CONTROVERSIA XXII.

De Actionibus Locatori & Conductori competentibus.

SUMMARIUM.

Ad quid competat Locatori actio locati. 570.

Iure Bavarico incumbit Conductori purgatio. 572.

Locatori competit aliud remedium ex l. 10. C. unde vi 573.

Convenit etiam actio Serviana. 574.

An requiratur conventio & hypotheca expreſſa. 575.

Intellectus legis 3. ff. in quibus cauſ. pig. 576.

Datur actio quaſi Serviana. & hæ ſunt prætoriæ. 577.

Conductori datur actio conducti. 578.

570. Locatori ex hoc Contractu ſpecialiter competit Actio *Locati.* ejúſque hæredi adverſùs conductorē, ejúſq; hæredem, ad hoc maximè tendens, ut merces unâ cum uſuris poſt moram ſolvatur: ut habetur pr. Inſt. h. t. ibi. [Et competit Locatori quidē locati actio: conductori verò conducti. *& l. 17. C. eod.* Præſes provinciæ ea quæ ex locatione debentur, exſolvi ſine mora curabit, non ignarus ea locato & conducto actionē, cùm ſit bonæ fidei, poſt moram uſuras legitimas admittere.] Deinde Locator hac actione petit ſibi rem locatam reſtitui: quamvis ad hoc etiam rei vindicatione agere poſſit. Denique hac actione petit, ut res locata deterior facta reficiatur, & omnia damna, quæ conductor ea levi culpa intulit, refundantur. *l. 29. C. h. t.* [Cùm conductorem ædificia quæ ſuſcepit integra, deſtruxiſſe proponis, hæc etiam hæredes ejus præſes provinciæ inſtaurare ædificiorum inter vos habitâ ratione jubebit.] Et aliis Iuribus ſup. adductis, cùm ageretur de culpa à conductore præſtanda. Eâdem actione convenire poſſet conductorem, ſi ante tempus præfinitum vellet recedere cum damno locatoris: item ſi non priùs renuntiâſſet tempore conſtituto, v. g. uno menſe, ut alicubi mos habet, & obſervari debet.

571. Quæſtio hîc incidens moveri poteſt: quandoquidem onus probandi culpam locatori incumbit, ſi Locator in probatione deficiat, an propterea ſtatim abſolvendus ſit conductor. Et quidem Iure communi non eſt dubium eſſe abſolvendum, juxta regulam, quòd actore non probante, reus, etſi nihil præſtiterit, ſit abſolvendus.

572. Iure Bavarico tamen aliquid eſt ſingulare; quo nimirum conſtitutum eſt, ut reus, id eſt conductor ſe purgare debeat vel per teſtes, vel his deficientibus, per juramentum. L. R. *tit. 17. a. 6.* Si ex circumſtantiis naſcitur dubium,

Digitized by Google

um, an ex culpa contigerit rei deterioratio: non tamen admitteretur ad juramentum, ſi locator duobus teſtibus paratus eſſet probare culpam: niſi & ipſe conductor ſaltem uno teſte omni exceptione majore purgaret culpam, tunc enim ad juramentum admitti poſſet.

Sed quid ſi locator ſemiplenè, conductor verò prorſus nihil, ità ut ne pro ſe præſumptionem habeat, an actor admittendus ſit ad juramentum ſuppletorium de Iure Bavarico? Affirmat Io. Franc. Balthaſar *tit. 7. reſol. 6. n. 6. in f.* Negat Georgius VVidman n. 85. Cùm, inquit, inter alia requiſita ad hoc juramentum ſuppletorium fundandum, etiam requiratur, ut actor de ſenſu corporeo, id eſt, de proprio viſu confirmare poſſit, conductorem ultra modum ſolitum, v. g. equum oneráſſe, vel ad currendum impuliſſe, &c. ſuccedit autem actor jurare volens in locum unius teſtis, teſti autem ſi non de proprio & corporeo ſenſu deponat, non creditur: ergo neque actori. ſi autem conductor equo conducto forſan Auguſtam vel alium in locum equitárit, quomodo poterit locator, qui alibi degit, de proprio viſu deponere? ergo defectu corporei ſensûs non admittetur ad juramentum, ſed potiùs conductor ad juramentum admittendus eſſet.

Quod ſi utrinque ſint æquales probationes, tunc juramentum etiam de Iure communi, deferendum eſt reo, niſi qualitas perſonæ actoris aliud exigeret. Sed hoc non ſpectat ad præſentem materiam, ſed ad tr. de Iudiciis.

573. Præterea convenit Locatori remedium utiliſſimum adversùs conductorem nolentem reſtituere rem locatam ea lege 10. *C. unde vi* & ſic habet. [Non abs re eſt, quemadmodum poſſeſſionis alienæ invaſores tam vetus quàm præſens ſacra conſtitutio cenſuit eſſe puniendos, ità nec NB. conductoribus, & poſſeſſionis alienæ detentoribus impunè procedere, ſi locatoribus fortè vel poſſeſſionem rerum ſuarum, quam apud alios precario modo eſſe conceſſerant, recuperare ſecundùm leges volentibus, cùm nulla ſibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerunt reſiſtendum, & non protinus, id eſt non expectato judiciorum ordine, alienam poſſeſſionem rectè eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namque jubemus pro tanta ſuæ iniquitatis impudentiâ, ſi cognitionis judiciariæ eventu fuerint condemnati, rei cujus poſſeſſionem ſponte reſtituere uſque ad definitivam ſententiam minimè paſſi ſunt, æſtimationem victrici parti unà cum ipſa præbere compelli.] Breviùs hoc ipſum remedium continetur in lege 34. *C. h. t.* [Conductores alienarum rerum, ſeu alienam cujuslibet rei poſſeſſionem precariò detinentes, ſeu hæredes eorum, ſi non eam Dominis recuperare volentibus reſtituerint, ſe litem uſque ad definitivam ſententiam exſpectaverint, non ſolùm rem locatam, ſed etiam æſtimationem ejus victrici parti ad ſimilitudinem invaſoris alienæ poſſeſſionis præbere compellantur.]

574. Denique Locatori convenit Actio Serviana. de qua habetur §. 7. *Inſtit. de actionib.* ibi. *Servianâ autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris Iure pro mercedibus fundi ei tenentur.* Hinc verò

Controverſia gravis naſcitur inter Iureconſultos, an ad hoc ut huic actioni locus ſit, requiratur expreſſa conventio, ut res illatæ in prædium ruſticum ſint oppignoratæ.

Communis antehac erat ſententia, veterum maximè auctoritate comprobata, quòd ſufficiat, ſciente & conſentiente locatore fuiſſe illata, & hoc modo ſufficienter dari diſcrimen inter prædia ruſtica, & urbana, quòd illata in prædia urbana etiam ignorante locatore ſint oppignorata. ità docuerunt Accurſius, Angelus, Zaſius, Iaſon, Schneidewein, Negazantius, Salicetus, Sichardus, Schraderus, Treutl. Hunnius in eund. quibus ex Theol. accedit Molina, prout retuli ſup. Contr. 19.

575. Contraria tamen opinio, requirens hypothecam & conventionem expreſſam, tenent moderni communiter, quos refert & ſequitur Harpprecht *in §. 7. Inſt. de act.* & noviſſimè ſecutus eſt Georg. VVidman: ſed accuratiùs cæteris Arnoldus Rath in theſibus de actionib. n. 161. cujus auctoritas mihi perſuadet, hanc ſententiam hodie in Iudiciis obſervari: quamvis non exiſtimem, eam ſatis ſolidè probari ex §. 7. *I. de act.* ibi. *Servianâ autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris Iure pro mercedibus fundi ei tenentur.* Nullum enim verbum eſt, quo expreſſa conventio requiratur: quin potiùs videri poſſet contrarium ſupponere, & in tacita hypothecâ fundari. & ideo hunc §. adverſarii aliqui pro ſe afferunt, ut videre licet apud Harpprecht. Sed neutri parti multùm favet, quia intelligendus eſt, de rebus obligatis eo modo, quo jura permittunt obligari: Ergo præſcindit, ab hypotheca tacita & expreſſa, nec hoc voluit Inſt. in Inſtitutionibus, quæ tyronibus ſcripta ſunt, reſolvere.

Meliùs probatur ex §. 3. *I. de Interdictis*, ubi de Interdicto Salviano adipiſcendæ poſſeſſionis dicitur: *Eóque utitur Dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet.* Neque refert, quòd loquatur textus non de Serviana, ſed de Salviano Interdicto: nam inter hæc non eſt diſcrimen deſumendum ex pignore tacito, vel expreſſo (nam in eodem fundantur) ſed diſcrimen eſt in eo, quòd Interdictum Salvianum ſit Remedium poſſeſſorium, adeoque ob faciliores probationes poſſeſſionis, quàm dominii conſultiùs intentetur, quàm actio Serviana, quæ eſt remedium petitorium, & qui eam intentat, gravatur quandoque probare dominium eſſe penes conductorem, vel ſaltèm quòd res fuerint in bonis ipſius, & eas ut ſuas

Digitized by Google

poſſederit: in interdicto autem Salviano non tenetur actor probare plus, quàm res fuiſſe à conductore poſſeſſas & illatas in prædium, ut tradit Myniſinger ad §. 7. *I. de act. n.* 50.

Deinde probatur ex lege 4. *ff. in quibus cauſ. pignus tacitè contrahatur.* ubi obſervandum, quòd Rubrica ſit de pignore tacito, & deinde hujus una ſpecies refertur in rebus illatis in prædium urbanum, & negatur de illatis in prædium ruſticũ. *Eo Iure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta illata ſunt, pignori eſſe credantur, quaſi id tacitè convenerit: in ruſticis prædiis NB. contra obſervatur.* Nempe quòd tacita conventio non præſumatur, nec de Iure tacita hypotheca conſtituatur, ſed expreſſa conventio requiratur.

Probatur denique per argumentum à contrario ſenſu ex lege 7. eod. tit. ubi dicitur. *In prædiis ruſticis fructus, qui ibi naſcuntur, tacitè intelliguntur pignori eſſe Domino fundi locati, etiamſi nominatim id non convenerit.* Ergo in aliis rebus requiritur expreſſa conventio, ut ſint oppignoratæ. Et hinc reddi poteſt ratio, quare Iura voluerint tacitam hypothecam conſtituere in illatis in prædium urbanum, non item in illatis in prædium ruſticum, exceptis fructibus. Nam per fructuũ oppignorationem erat conſultum ſatis Locatori. in prædiis urbanis nulli ſunt fructus: ergo aliæ res erant oppignorandæ. Neque refert, quòd in eadem lege §. 1. ſubjiciatur generalibus verbis, ea eſſe pignori, quæ illata ſunt, ut toto tempore locationis ibi ſint. Nam hic §. vel loquitur de prædiis urbanis, ut putat Harpprecht, vel (quod mihi verius eſt) loquitur de caſu quo expreſſa hypotheca rerum illatarum in genere conſtituta eſt, & ſenſus eſt, quòd talis conventio non ſe extendat, niſi ad illa quæ illata ſunt, ut ſtabiliter ibi eſſent.

576. Objiciunt adverſarii 1. Legem 3. ff. eodem. ubi de horreo (quod eſt ruſticum) ſic dicitur. [Si horreum fuit conductum, vel diverſorium, vel area, tacitam conventionem de invectis, illatis, etiam in his locum habere putat Neratius, quod verius eſt.] Ad hunc locum non uno modo reſponderi poteſt. Primò quidem ſententiam noſtram procedere de prædiis ruſticis fructus ferentibus, & propter fructus indecapiendos conductis, cujusmodi non eſt horreum, quod fructus non fert, ſed aliunde natos recipit: quare potiùs quoad effectus pignoris adnumerabitur urbanis prædiis ob rationem paulò antè allatam. Secundò, reſponderi poteſt, vocem *Horreum* eſſe æquivocam, & ſæpè in Iure ſignificare locum, in quo merces venales & res quæque pretioſiſſimæ reponuntur & cuſtodiuntur. *l. 3 §. 2. ff. de off. præf. vigil.* [Effracturæ fiunt plerumque in inſulis, NB. in horreisque ubi homines pretioſiſſimam partem fortunarum ſuarum reponunt, cùm vel cella effringitur, vel armarium, vel arca.] Quòd autem in hoc ſenſu accipiatur in lege 3. objecta, patet ex adjunctis: *diverſorium, area.* quæ ſunt urbana.

Objiciunt 2. Legem 5. C. h. t. recitatam ſup. Contr. 19. ex qua, ut ibi vidimus, adverſarii putant clarè colligi, quòd ſufficiat ſcientia locatoris, ut cenſeantur res eſſe oppignoratæ.

R. Ea toto contextu conſtare, non loqui legem de ſcientia merè ſpeculativa, ſeu otioſa, qualem poſſunt etiam alii homines habere: ſed de ſcientia practica, hoc eſt directiva voluntatis ſeu conventionis. Sic enim incipit lex: *Certi Iuris eſt, ea quæ voluntate Dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris Iure Dominis prædiorum teneri.* Deinde de prædiis urbanis negat hanc voluntatem requiri, & utitur verbo *ſcientia. Quando autem domus locatur, non eſt neceſſaria in rebus inductis vel illatis ſcientia Domini.* Certè non in alium finem poteſt requiri voluntas Locatoris, quàm ut habeat res ſibi obligatas: ſi enim nolit habere obligatas, cur ejus voluntas requireretur, ut inferrentur?

577. Quemadmodum Locatori prædii ruſtici datur prædicta actio Serviana, ità Locatori prædii urbani datur actio *quaſi Serviana*, quæ eſt quaſi generalis hypothecaria competens cuivis Creditori ex quavis cauſa pignus hypothecamve habenti. §. 7. I. de act. *Quaſi Serviana autem eſt, quà Creditores pignora hypothecasve perſequuntur.*

Hæ actiones, Serviana, & Quaſi Serviana ſunt actiones Prætoriæ. Quodſi quæras, cur eas Prætor introduxerit, cùm ſufficerent actiones civiles? Reſpondet Arnoldus Rath, quæſtionem hanc à paucis hactenus, quorum recordetur, animadverſam: eam tamen repetio ad longum diſcuſſam, & iiſdem propè verbis deciſam apud Harpprecht à n. 26. in dictum §. 7. *I. de act.*) adhibitâ diſtinctione duplicis pignoris rectè diſſolvi: aliud namque eſt pignus nudo pacto conſtitutum, & propriè hypotheca dicitur, aliud quod traditione accedente effectum accepit: in poſteriore hoc pignoris genere non fuit opus actione prætoriâ, quoniam re traditâ negotium civile geſtum eſt, ex quo reſultavit contractus Iure civili validus §. *fin. Inſt. Quib. modis re contr. oblig. Creditor quoque qui pignus accepit, re obligatur, quia & ipſe de ea re, quam accepit, reſtituenda tenetur actione pignoratitia.* Ratione verò prioris pignoris, quod in terminis nudi pacti conſiſtit, de Iure civili nulla actio eſt prodita, nec perſonalis, nec realis, cùm de Iure civili nullum Ius reale ſolâ conventione abſque traditione accedente transfertur. ſed Prætor actionem *Servianam & Quaſi* introduxit: etſi enim ex pacto nudo, quod ſcilicet nec traditione, nec ſtipulatione eſt confirmatum, aliàs nulla naſcatur actio, ne quidem Iure Prætorio inſpecto, multò minùs Ius reale transferatur, nihilominus Prætor pignus nudo pacto conſtitutum ſuſtinet, & actionem Servianam, ac quaſi Servianam à quibusdam potiùs dativam, quàm nativam dici

ſolitam,

ſolitam, ex Edicto ſuo ob neceſſitatem & utilitatem contrahentium id diverſis ex cauſis poſtulantem, propterea etiam propoſuit, quòd præter pactum pignoris obligatione quadam principali fundatum, faciliùs Iure prætorio ſuſtineatur, quàm aliud pactum nudum. Et hactenus quidem de actionibus, quæ Locatori adversùs Conductorem, & etiam quemcunque alium poſſeſſorem conveniunt.

578. Conductori (ut ſatis conſtat ex Iuribus ſuprà adductis Contr. 17.) ejúsque hæredi datur actio *conducti* adversùs Locatorem ad hoc principaliter, ut re conductâ uti frui licere præſtet, aut intereſſe ſolvat. Item ad hoc, ut domum locis neceſſariis reficiat, vel mercedem pro rata temporis remittat, quo non poteſt Conductor ædibus commodè uti. Item ut damna ex rei locatæ vitio contracta refundat, cum limitatione explicata loco citato. Item, ut ob rei locatæ interitum, ſterilitatem, aut aliam vim majorem, mercedem proportionaliter remittat, impenſas ſolvat, &c. quæ omnia in ſuperioribus explicata ſunt, cùm ageretur de obligationibus; quæ inter Locatorem & Conductorem intercedunt, neque hîc ſunt repetenda. Atque hæc de Contractu Locationis prout diſtinguitur ab Emphyteuſi, quæ eſt ſtricti Iuris, & ideo præcedente tract. c. ult. tractata fuit.

CAPUT V.

DE SOCIETATIS CONTRACTU.

CONTROVERSIA I.

Quid ſit Contractus Societatis.

SUMMARIUM.

Definitio Contractûs Societatis. 579.
Differentia Societatis ab aliis contractibus. 580.
An ſit ſocietas vel locatio, ſi tradas gregem ad habendam curam cum pacto ut pro curà pertineat pars aliquota fructuum. 581.
Declaratio Cardinalis de Lugo per exemplum. 582.
Quare in definitione addatur: Uſumve. 583.

579. DE hoc Contractu ſunt tit. Digeſt. & Cod. *Pro ſocio* inſcripti: Definiri ſolet hic contractus, quòd ſit Conventio duorum aut plurium contribuendi ad commune lucrum vel uſum, Explicatiùs alii, quòd ſit contractus Iurisgentium, nominatus, bonæ fidei, conſenſu initus, quo duorum vel plurium operæ vel res ad lucrum & damnum proportionaliter inter ſe communicandum, ex honeſta conventione conferuntur. In qua tamen definitione ponuntur aliqua, de quibus dubitatur an in contractum ſocietatis venire poſſint, nempe de obſervanda diviſionis etiam damni proportione, ut conſtabit ex dicendis. Deinde ultima verba videntur requirere actualem collationem, quæ tamen non eſt de ſubſtantia hujus contractûs, ut apud omnes notum eſt, cùm ſolo conſenſu perficiatur. quare meliùs ultima verba ponit Harpprecht: [ſolò conſenſo initus de rebus vel operis, vel utriſque; communionis habendæ animo, conferendis.] Qui etiam auctor poſt Treutlerum rectè monet, meliùs prò genere poni *Contractum* quàm *conventionem* (ut cum Duareno aliiſque ponit Molina & Lugo) quia *Conventio* eſt remotius genus quàm eſſe contractum nominatum bonæ fidei ſolo conſenſu initum.

Quòd ſit contractus propriè dictus, patet ex innumeris legibus, & ex illis quæ ad naturam contractûs juridicè ſumpti requiri diximus tract. 8. Ceteræ definitionis partes vel per ſe conſtant, vel in progreſſo declarabuntur.

Contra

Contra id quod dicitur eſſe contractus ſolo conſenſu perficiendus, objici poſſet lex 4. ff. *Pro Socio*, ubi dicitur etiam re, ſicut & verbis perfici poſſe. [Societatem coire & re & verbis per nuntium poſſe nos, dubium non eſt.] ℞. Res & verba poſſe accipi materialiter, & formaliter. ſi formaliter ſumantur, non ſunt de conceptu hujus contractûs: ſi materialiter ſumuntur, h. e. pro ſigno externo indicativo conſenſûs interni, abſque ulla ſolemni formula, aut traditione, hoc ſenſu res & verba habent potiùs rationem conſenſûs externi, quo interior manifeſtatur, & quia ſolus internus conſenſus non ſufficeret, quia non eſſet ſenſibilis, quodcunque ſignum indicativum conſenſus interni eſt & dicitur conſenſus externus, nam etiam ad emptionem, locationem, &c. tale ſignum requiritur. item ad contrahendum matrimonium, & tamen hi ſunt contractus ſolo conſenſu conficiendi.

580. Differentia hujus contractûs ab aliis conſiſtit in communione lucri, quæ in aliis contractibus non habetur pro fine, ſed in illis quivis ſuo comodo & lucro invigilat, quidquid alter ex ſuo concurſu conſequatur. v. g. locator operarum quærit lucrum in mercede, neque emolumenta ex mercede conſequentia vult habere communia cum conductore: econtra conductor quærit emolumenta ſibi ſoli ex operis locatoris: & ſic in aliis contractibus: aliter ſe res habet in contractu Societatis, ut conſtabit ex toto decurſu, & diverſis modis quibus iſte contractus celebrari poteſt. Hac tamen occaſione,

581. DUBITATUR, An ſit contractus Societatis, vel potiùs Locationis, ſi v. g. aliquis tradat alteri gregem ovium, cujus curam & adminiſtrationem habeat, cum pacto, ut ad ipſum ratione operæ collatæ pertineat pars aliquota, v. g. octava pars fructuum, ut, agnorum, lactis, lanæ, &c. Reſpondetur cum Molina, Lugone, & aliis, attendendum eſſe, an fuerit in contractu facta mentio formaliter, vel ſaltem virtualiter mercedis ſeu ſtipendii, nec ne. ſi fuit facta mentio, erit locatio conductio, ſin minùs, erit Societatis contractus, & habet diverſos effectus valdè notabiles. Nam imprimis ſi facta fuit mentio mercedis, judicabitur contractus ſecundùm leges & privilegia locationis: ſin minùs, judicabitur ſecundùm leges Societatis. Deinde poteſt contingere, quòd talis contractus ſeu conventio ſit juſta, ſi habeat naturam locationis, non autem eſſet juſta, ſi metiretur ſecundùm naturam ſocietatis, ut benè advertit P. Molina: poſſet enim pars illa fructuum promiſſa æſtimari ſufficiens recompenſatio laboris, adeòque ſervaretur æqualitas in ratione mercedis, quia pluris non æſtimaretur communiter illa induſtria & labor in adminiſtrando grege: non eſſet tamen æqualis illi parti lucri, quæ reſponderet Societati, ſi adminiſtrator per modum ſocii admiſſus fuiſſet.

582. Declarat hanc diverſitatem idoneo exemplo Card. de Lugo n. 3. advertens, poſſe hujusmodi conventionem de parte aliquota locum habere in negotiis plus lucri certi habentibus, quàm laboris vel periculi. v. g. ſi Titius habens 100. modios tritici Neapoli, ſciat magno pretio Venetiis vendi, & velit illud per mare vendendum Venetias tranſmittere. Dupliciter poteſt cum Nauclero paciſci, ità ut priore modo habeat conventio naturam conductionis, poſteriore verò naturam ſocietatis. Primo ergo poteſt paciſci conducendo ejus navim & operam (Iuriſtæ & Leges in hoc caſu vocant Nauclerum conductorem, Theologi verò Locatorem ut monui in Contractu Locationis) ut transferat triticum Venetias, ibique ejuſdem Titii (hoc eſt domini ipſius tritici) nomine vendat. Ponamus jam, operam tam vecturæ quàm venditionis æſtimari 400. aureis: poteſt Titius Nauclero pro illis 400. aureis promittere partem aliquotam; v. g. dimidium aureum ex ſingulis modiis vendendis, vel ſeptimam partem lucri futuri: quæ ſpes, attentâ certitudine venditionis, & penuriâ tritici quæ Venetiis eſt, poteſt æquivalere 400. aureis, quos abſolutè potuiſſet promittere: & ſic ſatis fit ad æqualitatem pro vectura & labore vendendi. Secundo modo poſſet cum nauclero Titius paciſci, admittendo illum ut ſocium negotiationis, & dicendo: volo ut 400. aurei, quos pro vectura & labore poſſes exigere, ſint inſtar capitalis contributi à te ut Socio negotiationis, & ego contribuam triticum æſtimatum Neapoli 2800. aureis: quo caſu lucrum dividendum erit in octo partes æquales, quarum una deberetur nauclero ultra ſuos 400. virtualiter ſeu æquivalenter contributos. Quod ſi contractus fuiſſet priore modo factus, aſſignatâ parte aliquotâ lucri, fuiſſent ſoli 400. & in utroque caſu contractus eſſet juſtus. Ità ferè Lugo.

Iidem Auctores ulteriùs advertunt. 1. Quòd contributio debeat ità fieri; ut contribuens retineat dominium rei contributæ, ſicque lucrum acquirat ex ſuis bonis, & negotiatione ſuo nomine facta: alioquin, ſi haberet rationē mutui, interveniret uſura, accipiendo lucrum ultra ſortē.

Advertunt 2. Poſſe conventionem quoad capitale dupliciter fieri. Primò ità, ut etiam ipſum capitale fiat commune omnibus Sociis, pro rata contributionis, & tunc ſinguli ſunt domini, & poſſident capitale ſaltem per ſocium. Secundò poteſt ſocius retinere ſibi ſoli dominium pecuniæ collatæ, vel pecorum, alius verò adhibet induſtriam & laborem, vocatúrque ſocietas *ad ſolam communionem in interuſorio*, ſeu uſufructu, hoc eſt lucro ex capitali proveniente: quo caſu non eſt comunio in capitali, adeòque finitâ ſocietate debet primo loco reddi cuivis quod contribuit, & cujus dominium retinuit, lucrum verò ſicut ab omnibus civiliter poſſidetur, omnibus cum proportione dividendum acquiritur. Quod ſi ex capitali

Digitized by Google

capitali aliquid emitur, ſic ſtatuitur lege 74. *ff. h. t.* [Si quis ſocietatem contraxerit, quod emit, ipſius fit, non commune, ſed ſocietatis judicio cogitur rem communicare.] quam legem gloſſa vult loqui de ſocietate omnium booorum, alioquin quod emit, non cogitur communicare, ut habetur *l. 4. C. communia utriuſque Iudicii.* [Si patruus tuus ex communibus bonis res comparavit ſibi negotium gerens, non omnium bonorum ſocius conſtiturus, pro competentium portionum modo indemnitati tuæ conſuli oportet, & ideo rem emptam communicare cum contra juris formam poſtulas.] Alii tamen, quos refert & ſequitur Covarruvias *variar. reſol. l. 3. c. 19. n. 5.* legem illam intelligunt, quando ſocius nomine proprio emit, quod tunc acquirat ipſe dominium ſolus (ſed cum obligatione communicandi) ſecùs quando nomine ſocietatis, tunc enim ſocii omnes comparant dominium & civilem poſſeſſionem, abſque alia traditione arg. *l. 2. ff. h. t.* ubi dicitur: [quia licèt ſpecialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.]

583. Quæret aliquis cur in definitione P. Moliha & Lugo addant particulas: *Vſumve.* Reſpondent: quia imprimis in ſocietate omnium bonorum eſt etiam contributio ad uſum communem, & ad expenſas in bonis communibus. Deinde poteſt contrahi ſocietas ad ſolum uſum communem, v. g. ſi ſtudioſi in iiſdem ædibus habitantes conferant libros & ſimilia ad communem uſum, ubi tamen lucrum nullum ſperatur, quod dividi poſſet.

CONTROVERSIA II.

Quotuplex ſit Contractus Societatis.

SUMMARIUM.

Diviſio Societatis in Univerſalem & Particularem. 584.

Referuntur exempla Societatis particularis. eod.

Aliæ Diviſiones Societatis minùs conſiderabiles. 585.

Si alter ſociorum acquirat aliquid modo illicito, an commune fiat. 586.

584. Dividitur 1. in Societatem univerſalem, & Particularem. Univerſalis eſt (quam Græci *Koinonian* appellant, inquit Imper. hîc.) quæ de univerſarum rerum communione conſtituta eſt, quod quidem diverſo modo fieri poteſt, ut ex ſequenti Controv. conſtabit. Particularis, ſeu ſpecialis Societas eſt, cùm certæ alicujus rei, vel certæ cujuſdam negotiationis communio inducitur.

Exemplum Societatis particularis in re certa habetur in lege 2 *C. h. t.* v. g. ſi duo ſimul & conjuncto dominio emant prædium, idque pro indiviſo poſſideant. [Cùm proponas, te prædium conjuncto dominio cum patrono tuo comparaſſe, in poſſeſſionémque tam te, quàm ipſum inductum, juris ratio efficit, ut dominium fundi ad utrumque pertineat. Sanè quia pretium à te ſolo numeratum, & ſolennibus penſitationibus, ceſſante ſocio ſatisfactum eſſe, dicis, NB. judicio Societatis id quod eo nomine præſtari oportuerit, conſequeris.] Aliud exemplum habetur in lege 52. §. 6. *ff.* eodem, nempe ſi hæredes hæreditatem eo animo indiviſam retinuerunt, ut lucrum & damnum illis commune eſſet. [Si fratres parentum indiviſas hæreditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune ſentirent, quod aliunde quæſierint, in commune non redigetur.]

Exempla particularis Societatis quoad certam negotiationem habentur in ſumma pr. I. h. t. [Societatem coire ſolemus aut totorum bonorum, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum, emendorumve, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendive & *l. 52. § 5. ff. h. t.* Cùm duo erant argentarii ſocii, alter eorum aliquid ſeparatim quæſierat, & lucri ſenſerat: quærebatur an commune eſſe lucrum oporteret, & Imp. in hæc verba reſcripſit. Etiamſi maximè argentariæ ſocietas inita eſt, quod quiſque tamen ſocius non ex argentaria cauſa quæſivit, Id ad communionem non pertinere explorati Iuris eſt. *lege 71. pr.* Duo ſocietatem coierunt, ut Grammaticam docerent, & quod ex eo artificio quæſtûs feciſſent, commune eorum eſſe, de ea re quam voluerunt fieri, &c.] Expenſæ in cauſa negotiationis factæ etiam communicantur non aliæ. *l. 52. §. 15. ff. h. t.* [Si quis ex ſociis propter ſocietatem profectus ſit, veluti ad merces emendas, eos duntaxat ſumptus ſocietati imputabit, qui in eam penſi ſunt. Viatica igitur, & meritoriorum & ſtabulorum, jumentorum, carrulorum vecturas, vel ſui vel ſarcinarum ſuarum gratiâ, vel mercium rectè computabit.]

Dividitur 2. Societas in eam quæ eſt ad lucrum, & quæ eſt ad uſum communem, de qua præced. contr. dictum eſt. n. 583.

585. Dividitur 3. In eam quæ eſt ad certum tempus, & eam quæ duret per totum vitæ tempus ſociorum collectivè ſumptorum. quomodo autem morte unius ſolvatur, ſi plures ſint; dicetur infrà: ſicut etiam, an poſſit durare in hæredibus.

Dividi ſolet à quibuſdam 4. in eam quæ eſt de re honeſta, & eam quæ eſt de re turpi. Sed hæc abſolutè eſt ipſo jure naturæ nulla, quia non datur obligatio ad illicitum, quod etia habetur jure poſitivo cautum l. 57. ff. h. t. ibi. [cæterùm ſi maleficii ſocietas coita ſit, conſtat nullam eſſe ſocietatem: generaliter enim traditur, rerum inhoneſtarum nullam eſſe ſocietatem.]

Digitized by Google

586. Quæres. Si ſocietas ſit boneſta, ſed alter ſociorum acquitat aliquid inhoneſto modo, v. g. furto, an ad ſocietatem pertineat, & communis fiat. Reſpondeo, ſi actio, per quam acquirit, non eſt intrinſecè, vel ex lege poſitiva inhoneſta, ſed extrinſecè & merè per accidens, quia intentio ex qua fit, eſt inhoneſta, v. g. ſi ex avaritia, aut alio malo fine vitietur, tunc non minùs res fiet communis, quàm ſi honeſto fine fuiſſet acquiſita. Si verò actio ipſa externa per quam acquiritur eſt inhoneſta & prohibita, tunc non fit res communis aliis ſociis, quia ſocietas ad tales actiones ſe non extendit. Si tamen qui acquiſivit, ſponte conferat in ſocietatem, non conceditur illi repetitio. Quodſi deinde per judicem condemnetur ad reſtituendum, ſocii quoque quantùm participes facti ſunt, contribuere debent, ut reſtituatur illi, cui judex adjudicavit. Quodſi conſcii fuerunt injuſtæ acquiſitionis, etiam ad pœnam injunctam à Iudice contribuere debent. Ità habetur lege 53. *& ſeqq. ff. h. t.* [Quod autem ex furto, vel ex alio maleficio quæſitum eſt, in ſocietatem non oportere conferri, palàm eſt; quia delictorum turpis atque fœda communio eſt. planè ſi in medium collata ſit, commune erit lucrum. Quod enim ex maleficio contulerit ſocius, non aliter recipere debet, quàm ſi damnatus ſit. Si igitur ex hoc conventus fuerit, qui maleficium admiſit id quod contulit, aut ſolum aut cum pœna auferet. Solùm auferet, ſi mihi proponas, inſciente ſocio eum in ſocietatis rationem hoc contuliſſe: quod ſi ſciente, etiam pænam ſocium agnoſcere oportet: æquum eſt enim, ut cujus participavit lucrum, participet & damnum.]

CONTROVERSIA III.

Quomodo contrahi poſſit, aut contracta præſumatur Societas Univerſalis, ſeu omnium bonorum.

SUMMARIUM.

AN Societas Univerſalis tacitè contrahi poſſit. 587.
Intellectus legis 3. §. 1. ff. Pro ſocio. eod.
Societas omnium bonorum an ſe ad futura quocunque titulo extendat. 588.
Si mentio facta eſt hæreditatis, quænam hæreditas intelligatur. 589.
An imputandum ſocietati omnium bonorum, quod datur filiæ in dotem, &c. 590.
Intellectus legis 81. ff. pro ſocio. 591.
Solvuntur objectiones. 592.
Quouſque ſe extendat ſocietas contracta abſque determinatione rerum aut negotiorum. 593.
An vi contractûs ſocietatis bona fiant ipſo jure communia. 594.

QUòd Societas univerſalis contrahi poſſit, patet ex pr. Inſt. hoc tit. ſuprà recit. & *l.* 3. §. 1. *ff. h. t. Cùm ſpecialiter omnium bonorum Societas coïta eſt, &c.* & pluribus aliis legibus deinceps referendis id ſupponitur, ſed

587. DUBITATUR 1. An poſſit tacitè contrahi: v. g. habitant plures ſimul, & ex negotiationibus ſuis communicant invicem emolumenta, & damna: quæritur, inquam, an hoc ipſo cenſeatur contracta Societas, etſi verbis id nunquam expreſſerint. Negativam tenet poſt alios antiquiores Menochius *conſilio* 12. *n.* 10. *& conſ.* 222. *n.* 1. Treutlerus *vol.* 1. *d.* 27. *th.* 8. *ad lit. F.* & quidam alii RR. Communior tamen ſententia affirmat. ità poſt plures antiquos Craveta *Conſ.* 61. *n.* 5. Andreas Fachineus *lib.* 12. *controv. c.* 14. Hunnius in Treutl. Harpprecht *n.* 13 VVurmſerus *lib.* 3. *tit.* 26. *contr.* 4. & probatur ex lege 4. *ff. h. t. Societatem coïre & re, & verbis per nuntium poſſe nos dubium non eſt.* Itaque ipſa actualis communicatio, & legum Societatis obſervatio eſſet ſignum ſufficienter manifeſtativum animi volentis ſe obligare ad hujuſmodi communicationem, ſaltèm tamdiu, quamdiu nullus ſociorum expreſsè renuntiaverit, ſicut infrà dicemus, poſſe contrahi Societatem indefinitè nullum tempus determinando.

Objici poſſet lex 3. §. 1. *ff. h. t.* ubi videtur requiri expreſſus conſenſus per illa verba. *Cùm ſpecialiter omnium bonorum Societas coïta eſt.* ℞. Per particulam *ſpecialiter* non contradiſtingui expreſſam à tacita, ſed contradiſtingui Societatem omnium bonorum latiſſimam ab illa quæ tantùm ad queſtus oneroſos ſe extendit, quarum diſcrimen paulò pòſt declarabitur, & dicetur, quòd ad illam priorem, non item ad poſteriorem requiratur ſpecialis conventio in Societatem *omnium bonorum.* Vnde ſi Socii etiam re & facto talem animum ad omnia bona etiam titulo lucrativo acquirenda ſe extendentem declararent, v. g. ſi hæreditates ſibi obvenientes vellent habere communes, jam ſatis verificaretur illa ſpecialitas requiſita in lege 3. cit.

588. DUBITATUR 2. Si fiat conventio de communione *omnium bonorum*, nihil ulteriùs explicando aut ſpecificando, utrum cenſeatur contractus ſe extendere etiam ad bona futura & non tantùm præſentia, item ad bona quocunque titulo, non ſolùm oneroſo, ſed etiam lucrativo, ut ex legato, dono, hæreditate acquirenda, an ſe ad hæc extendat. ℞. Affirmativè per legem 3. §. 1. *ff. h. t. Cùm ſpecialiter omnium bonorum Societas coïta eſt: tunc & hæreditas & legatum, & quod donatum eſt, aut quaquà ratione acquiſitum, communioni acquiretur.* Sed jam magis in ſpecie,

589. DU-

589. DUBITATUR 3. Si mentio facta ſit hæreditatis, quænam hæreditas intelligatur, an etiam quæ ex teſtamento, vel an tantùm quæ ab inteſtato defertur. ℞. Si nihil aliud adjectum ſit, tunc ſub terminis generalibus utraque hæreditas comprehendetur. Quòd ſi addatur particula: *juſta hæreditas*. cenſetur intentio fuiſſe de ſola hæreditate ab inteſtato. quia illa particula videtur idem ſignificare, quod hæreditas legitima. §. 2. *l. cit. De illo quæritur, ſi ità Societas*, ut ſi qua juſta hæreditas, alterutri obvenerit, communis ſit: [Quæ juſta hæreditas, utrum quæ Iure legitimo obvenit, an etiam ea quæ teſtamento, & probabilius eſt ad legitimam hæreditatem tantùm hoc pertinere.]

590. DUBITATUR 4. An vi contractæ Societatis omnium bonorum imputari debeat Societati, quod alteruter Sociorum dat v. g. filiæ in dotem, aut filio ad proſequenda ſtudia, accipiendos gradus. Negativa eſt multorum Interpretum Iuris, & tam ab auctoritate, quàm ex Iuris fundamentis admodum probabilis: quâ ſententiâ ſuppoſitâ, dicendum eſſet, quòd finitâ Societate, quidquid pater ex communibus bonis hoc modo in liberos erogavit, eſſet in bonorum diviſione inter Socios facienda parti detrahendum. Authores hujus ſententiæ refert Harpprecht *n. 24. in pr. Inſtit. hujus tituli.* Videtur in eam inclinare P. Molina *diſp. 421. n. 4.* Sed quæſtionem non vult abſolutè reſolvere.

Communior tamen & verior eſt ſententia affirmativa, quam poſt plurimos tenet Menochius *lib. 2. de arbitr. Iudic. cent. 2. caſu* 127. Mantica *de tacitis & ambiguis convent. lib. 6. tit.* 10. Bocerus *hîc n.* 51. Treutlerus *l. c. litt. H.* Fachineus *lib. 8. c. 4. & lib. 12. c. 13.* Harpprecht *n.* 25. VVurmſerus *contr.* 2.

Probatur 1. Textu ſatis claro legis 73. §. 1. *ff. h. t. Idem Maximinæ reſpondit, ſi Societatem univerſarum fortunarum ità coierint*: ut quidquid erogetur, vel quæreretur, communis lucri atque impendii eſſet: *ea quoque quæ in honorem alterius liberorum erogata ſunt, utrinque imputanda.*

Probatur 2. ex lege 39. §. 3. *ff. fam. hercisc.* per argumentum à contrario. Textus ità habet. [Filius Reipublicæ debita, quæ poſt mortem patris contraxit, fratri ſuo pro parte hæreditaria reputare non poteſt, ſi non NB. in omnibus Socii eſſent, licèt hæreditatem paternam communem haberent.] Ergo ſi in omnibus bonis Socii eſſent, poſſent illa debita Societati imputari. atqui non eſt ratio, cur hæc debita debeant imputari, & non multò magis quæ filio aut filiæ ex officio paterno, & aliquo etiam debito naturali pater elargitus eſt.

Probatur 3. arg. leg. 52. §. *fin. ff. h. t.* ubi Socius à Iudice injuſtè condemnatus ad pœnam ex actione injuriarum, quidquid ſolverit, aliis quoque Sociis commune erit, non item ſi juſtè, nam culpa ſuum debet tenere Auctorem. Ergo non minùs ſolutio dotis, quæ debitum eſt absque culpa contractum, ſociis quoque communis erit. ibi. [Si injuriâ Iudicis damnatus ſit, conſecuturum: ſi ob maleficium ſuum, ipſum tantùm damnum ſentire debere.]

591. Objiciunt tamen adverſarii 1. Legem 81. *ff. h. t.* Per argumentum à contrario ſenſu (quod Iuriſtæ dicunt in Iure fortiſſimum eſſe, niſi contrariis legibus elidatur) hoc modo. Si lex requirit expreſſum pactum, ut Dos veniat in Societatem, tunc noſtra ſententia, quæ non requirit hujusmodi ſpeciale pactũ, non eſt vera. Sed lex illud requirit. Ergo, &c. Min. probatur. nam in caſu legis conventum erat inter ſocios de communi dote conſtituenda: unde infert ICtus Papinianus, filiam *pro Socio* agentem dotis quantitatem præcipere debere, adeoque dotem Societati imputari. Lex ità habet. [Si Socius pro filia dotem promiſit, & priusquam ſolveret, hærede eâ relictâ deceſſit, quæ poſteà cum marito de exigenda dote egit, accepto liberata eſt: quæſitum eſt, an ſi pro ſocio ageret, dotis quantitatem præcipere deberet, ſi fortè convenisset inter Socios, ut de communi dos conſtitueretur. Dixi pactum non eſſe iniquum, &c.] Reſponderi poteſt primò, negando ſuppoſitum objectionis, nempe, quòd in adducta lege ſermo ſit de Societate omnium bonorum, hoc enim nec in lege dicitur, nec ex ea, aut quacunque aliâ deduci poteſt, & eſt regula, quòd quando non conſtat, qualis in ſpecie Societas contracta ſit, an omnium bonorum ſpecialis, an ſimplex, an particularis, præſumatur quod minimum eſt, nempe particularis: in qua utique dotis collatio ex communi cauſa debet in pactum deduci. Accedit, quòd leges à nobis adductæ cogant ad aliam interpretationem, quàm quæ faveat adverſariis: poterit ergo ſine abſurdo intelligi de Societate particulari.

Reſponderi poteſt 2. Permittendo, quòd in caſu legis fuerit Societas omnium bonorum, negando tamen quòd argumentum à contrario ſenſo locum hîc habeat: nam ut pluribus occaſionibus in præcedentibus tractatibus oſtenſum eſt, tunc non valet, quando leges aliæ contrarium ſuadent, & quando in lege reſpondetur ad certum poſtulatum.

Reſponderi poteſt 3. Iterum permittendo hypotheſin, & dicendo cum VVurmſero & aliis, ideo in caſu legis requiri pactum dotis ſolvendæ, quòd dos tantùm promiſſa fuerit, non ſoluta, & quòd agatur de caſu patris jam defuncti, & Societatis per mortem illius diſſolutæ: quo caſu utique non tenerentur reliqui Socii ad dotem ſolvendam, ſi nullum pactum interceſſiſſet.

592. Objiciunt 2. Quæ extra cauſam Societatis erogantur, non pertinent ad communionem Societatis: ſed talis eſt dos, & ſumptus pro ſtudiis. Ergo. ℞. Argumentum omnibus ſolvendum eſſe, nempe ſi quis ità argutaret: quæ

extra cauſam Societatis acquiruntur, non fiunt communnia. ſed hæreditas acquiritur extra cauſam Societatis, ergo. conſequentiam negant adverſarii. Ergo & majorem propoſitionem nobiſcum negare debent.

Objiciunt 3. Còntingere poteſt, ut nnus Sociorum acquirat liberos, alius non, vel non in eo numero quo alter. Ergo in dotandis inducetur magna inæqualitas: quæ videtur eſſe contra naturam hujus contractûs. Retorquetur argumentum in acquiſitione hæreditatum, legatorum, &c. & reſpondetur, incertitudinem ab eventu pendentem tam elargitionis quàm acquiſitionis utrinque futuræ, viciſſim compenſari, & ſic ſervari æqualitatem, ſicut cenſetur ſervari æqualitas, quando quis emit certo pretio ſpem capturæ piſcium, etiamſi nihil capiatur.

593. DUBITATUR 5. Quouſque ſe extendat Societas contracta abſque determinatione vel certarum rerum, vel certorum negotiorum. ℞. Non extendere ſe ad ea bona quæ de facto habentur, neque ad ea quæ rituln lucrativo acquirentur, ſed ſolùm ad ea quæ titulo oneroſo ex quæſtu & opera acquirentur, ut, emptione, locatione &c. vocatúrque *Societas ſimplex*, ſeu *ſimpliciter inita. l. 7. ff. h. t.* [Coïri Societatem & ſimpliciter licet, & ſi non fuerit diſtinctum, videtur coïta eſſe univerſorum, quæ ex quæſtu veniunt, hoc eſt, ſi quod lucrum ex emptione venditione, locatione, conductione deſcendit.]

594. DUBITATUR 6. An vi contractæ Societatis bona ipſo Iure fiant communia. Diſtinguendum eſt inter bona corporalia, & incorporalia. & inter ea, quæ tempore contractûs exſtant, & quæ poſtmodum acquiruntur. Loquendo de corporalibus exiſtentibus tempore contractûs, ea ſtatim fiunt communia, nam etſi nulla Phyſica traditio interveniat, fictione Iuris tamen interveniſſe cenſetur, & ipſe contractus continet vim conſtituti, ut quivis Socius poſſideat, vel per ſe, vel per alium omnia bona. Ità habetur *l. 1. §. 1. ff. h. t.* *In Societate omnium bonorum omnes res, quæ coeuntium ſunt, continuò communicantur.* & l. 2. additur. *quia licèt ſpecialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.*

Quæ verò corpora poſt contractum celebratum à ſociis acquiruntur, videndum eſt, quomodo acquirantur; nam ſi unus ſociorum tam ſuo quàm aliorum nomine acquirit, v. g. emit domum, eodem modo ipſo Iure res acquiſita communis evadit, ut ſuperiùs dictum eſt *contr. 1. prope finem.* & colligitur ex *l. 2. cit.* & ratione jam adducta, quia nomine omnium incipit acquirere dominium & poſſeſſionem. Si verò nomine proprio acquirat, tunc fiunt immediatè ſolius acquirentis. obligatus tamen eſt facere communia, & ſi recuſet, poteſt actione pro Socio ad communicandum conveniri. *l. 74. eod.* [Si quis Societatem contraxerit, quod emit, ipſius fit non commune, ſed Societatis Iudicio cogitur rem communicare.]

Loquendo nunc de bonis incorporalibus, hoc eſt, nominibus & actionibus, diſtinguunt Interpretes inter actiones Perſonales, & Reales. Perſonales directæ, ut tranſeant à Socio ad Sociū, neceſſe eſt, ut cedantur. *l. 3. Ea verò, quæ in nominibus erunt, manent in ſuo ſtatu, ſed actiones invicem præſtare debent.* Poteſt tamen Socius actiones utiles etiam non ceſſas nec mandatas à Socio exercere ſuo nomine, ex regula generali, quòd ex illis cauſis exerceri poſſint ab illo, in quem alter obligatus eſt actionem directam transferre. *l. 5. C. de hæred. & actione vend.* ibi. [Emptor hæreditatis, actionibus mandatis eo Iure uti debet, quo is cujus perſonâ fungitur: quamvis NB. utiles etiam adversùs debitores hæreditarios actiones Emptori tribui placet.]

Actiones verò reales unâ cum rebus ipſis abſque alia ceſſione ad ſocium tranſeunt, exceptâ actione hypothecariâ, quæ cùm non ſit principalis, ſed communiter actioni perſonali accedat, hujus quoque naturam ſequetur: ſicut tamen utilis perſonalis, ità fortè & utilis hypothecaria concedi poteſt, ut advertit VVjdman *n. 21. in fine.*

CONTROVERSIA IV.

Quibus Modis poſſit Societas celebrari.

SUMMARIUM.

Primus modus celebrandi, per expreſſionem partium lucri & damni. 595.

An pactum de partibus inæqualibus valeat, non obſervatâ proportione cum collatione. 596.

Si tantùm mentio facta lucri, quid cenſendum de damno. 597.

Secundus modus celebrandi, cùm pacto ut lucrum ſit majus damno. 598.

Tertius. ut unus pecuniam, alter operam ſolam conferat. 599.

Quartus. ut unus lucri partem ferat, nullam damni. 600.

DE his modis agunt Interpretes in §. 1. 2. & 3. *Inſt. h. t.* ubi Imperator aliquot modos inſinuat, ultra quos tamen etiam alii ſunt inventi.

595. Primus modus eſt, quo contrahentes expreſſerunt partes tam lucri quàm damni. [Quodſi, *inquit Imperator*, expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent: nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, ſi duo inter ſe pacti ſint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia.] Circa hunc contrahendi modum

DUBI-

DUBITATUR 1. An hujuſmodi pactum de partibus inæqualibus, valeat, etiamſi non contulerint ſocii cum proportionali inæqualitate. Ratio dubitandi naſcitur ex textu, qui loquitur generaliter & non requirere aliud videtur, quàm ut partium derminatio in pactum veniat. Verùm ſi hæc ratio aliquid probaret, falſa eſſet aſſertio Imperatoris, quòd de hujuſmodi conventionis juſtitia nunquam dubitatum fuiſſet, cùm eam plurimi negent, & ex principiis theologicis omnino neganda ſit, quia non ſervaretur æqualitas proportionis inter rem contributam, & lucrum inde conſequens.

596. DICENDUM ergo eſt, valere tunc ſolùm per modum onoroſi contractûs (aliud eſſet ſi alter vellet exceſſum donare,) quando ſervatur proportio inter contributionem & lucrum, ut habetur *l. 29. pr. ff. h. t.* ibi. [Si quis duas partes, vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, ſi modò aliquis plus contulit Societati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuſcunque alterius rei causâ.]

Hæc ipſa proportio ſupponitur fuiſſe tacitè intenta à contrahentibus, quando nullæ partes fuerint expreſſæ. *l. 6. ff. h. t.* [Si Societatem mecum coïeris eâ conditione, ut partes Societatis conſtitueres: ad boni viri arbitrium ea reſtedigenda eſt: & NB. conveniens eſt boni viri arbitrio, ut non utique ex æquis partibus Socii ſimus: veluti ſi alter plus operæ, induſtriæ, pecuniæ in Societatem collaturus ſit.]

597. DUBITATUR 2. Si altera tantùm pars v. g. lucri fuerit expreſſa in contractu, & nulla mentio facta damni, quid cenſendum ſit circa damnum, aut econtra. ℞. Eſſe eandem proportionem ſervandam in parte omiſſâ, quæ eſt conſtituta in parte expreſſâ. §. 3. *Inſt. h. t.* [Illud expeditum eſt, ſi in una cauſa pars fuerit expreſſa, veluti in ſolo lucro, vel in ſolo damno, in altero verò omiſſa, in eo quoque quod prætermiſſum eſt, eandem partem ſervari.] Et hæc circa primum modum contrahendi.

598. Secundus modus ponitur in caſu §. 2. [Si Titius & Sejus inter ſe pacti ſunt, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Seium duæ partes damni, lucri tertia, quæſitum eſt, an rata debeat haberi conventio. Quintus Mutius contra naturam Societatis talem pactionem eſſe exiſtimat, & ob id non eſſe ratam habendam. Servius Sulpitius (cujus ſententia prævaluit) contrà ſenſit: quia ſæpè quorundam itâ pretioſa eſt opera in Societate, ut eos juſtum ſit conditione meliore in ſocietatem admitti.]

599. Tertius Modus contrahendi, & ab Imperatore eodem loco approbatus eſt his verbis. [Nam & ità coiri poſſe Societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune ſit, quia ſæpè opera alicuius pro pecunia valet.] & habetur etiam *l. 5. §. 1. ff. h. t.* [Societas autem coiri poteſt, & valet etiam inter eos, qui non ſunt æquis facultatibus, cùm plerumque pauperior operâ ſuppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deeſt.] Circa hunc modum magna eſt controverſia, quomodo facienda ſit diviſio diſſolutâ Societate, de qua contr. 6. agemus. Circa hunc etiam modum eſt ſpecialis controverſia, ſeq. *Contr.* diſcutienda, ad quem ſpectet periculum pecuniæ collatæ, ſi fortè caſu pereat, an periculum ſit commune etiam illi qui ſolam operam contulit, an ſolius conferentis pecuniam.

600. Quartus modus eſt, ſi ità contrahatur: [ut unus ſociorum lucri partem ferat, de damno non teneatur.] §. 3. ubi tamen adjicit Imperator declarationem his verbis nonnihil obſcuris. [Quod tamen ità intelligi oportet, ut ſi in alia re lucrum, in alia damnum illatum ſit, compenſatione factâ, ſolum quod ſuper eſt, intelligatur lucro eſſe.]

Quæ Imperatoris verba ſic interpretatur Harpprecht, quaſi dicere voluerit Imperator, ut damno & lucro inter ſe comparatis, quod exceſſerit (ſive ſit lucrum ſive damnum) id ſolum veniat dividendum. Deinde declarat in exemplo. Duo ſocietatem contraxerunt, vinariam & frumentariam. Ex illa damnum eſt acceptum centum aureorum, ex hac verò lucrum trecentorum. Hic compenſatio damni & lucri facit lucrum quod relinquitur ducentorum aureorum, qui inter ſocios ratione pacti dividendi ſunt. Contra, ſi damnum ſit reliquum ducentorum aureorum, id totum unus tantùm ſuſtinebit: adeo ut ſi uterque mille aureos ſocietati contulerit, alter (qui pactus eſt de nullo damno ſuſtinendo) ſuos mille, alter octingentos tantùm aureos, cùm ſolus damnum ex pacto ſuſtineat, ſit recepturus. Cæterùm ut tale pactum ſit juſtum, debet ille, qui damnum non ſuſtinet, plus operæ præſtare, ut tanti hoc ſit, quanti damnum eſſet, quod ipſum contingeret, ſi damnum eſſet commune.

Digitized by Google

CONTROVERSIA V.

Ad quem ſpectet periculum pecuniæ ab uno ſolo collatæ, altero ſolam operam conferente.

SUMMARIUM.

Refertur ſententia volens damnum eſſe commune etiam ſolam operam conferenti.

Præfertur ſententia aſſerens, periculum pecuniæ ſpectare ad illum ſolum qui eam contulit. 602.

Intellectus legis 52. §. 4. ff. pro ſocio. *eod.*

601. QUÆRITUR, utrum in tali caſu periculum pecuniæ capitalis ſit commune etiam illi, qui ſolam operam confert, ità ut ſi caſu periret, damnum illud inter ſocios dividendum eſſet, vel an potiùs ad ſolum illum ſpectet, qui pecuniam contulit.

Prima ſententia vult damnum eſſe commune. ità Interpretes Fulgoſius & Salycetus in legem 1. *C. h. t.* ubi dicitur. [Societatem uno pecuniam conferente, alio operam, poſſe contrahi magis obtinuit.] Eandem tenet Treutlerus, quem ſequitur (mutatâ ſententiâ) Hunnius. citatur etiam à Treutlero Schneidewein, verùm, ut obſervat Bachovius, Schneideweio disertè contrarium tenet. Itaque

602. Secunda ſententia inter RR. communior eſt, periculum ad ſolum illum ſpectare, qui eam contulit. ità poſt plures alios Fachineus, Harpprecht, Bachovius, VVurmſetus. Hujus ſententiæ unicum fundamentum eſt, quòd talis pecunia collata non fiat communis, nec veniat dividenda, ſocietate diſſolutâ, quæ tamen eſt controverſia celebris, proximè diſcutienda. nunc ergo interim aſſumptâ hac ſententiâ facilè probatur periculum ſpectare ad ſolum conferentem. non quidem ex eo ſolùm, quòd dominium ſpectet ad ipſum, res autem pereat domino ſuo (nam cum hoc benè conſiſtere poſſet in altero ſocio obligatio refundendi damnum, pro parte) ſed ex eo meliùs probatur, quòd non ſervaretur æqualitas: cùm enim alter conferens operam in diviſione nihil poſſit ſperare ex pecunia collata, ſi tamen poſſet timere jacturam illius à ſe pro parte ſuſtinendam, profectò iniqua eſſet ejus conditio, præſertim cùm operæ jactura etiam ad ipſum ſolum ſpectet.

Objicitur 1. *Lex* 52. §. 4. *ff. h. t.* ubi reſolvitur talis caſus. [Quidam ſagariam negotiationem coïerunt, alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit, ſuámque pecuniam perdidit: ſervi ejus vulnerati ſunt, réſque proprias perdidit. Iulianus dicit damnum eſſe commune, ideóque actionem pro ſocio damni dimidiam agnoſcere debere, tam pecuniæ, quàm rerum cæterarum, quas ſecum non tuliſſet ſocius, niſi ad merces communi nomine comparandas proficiſceretur: ſed & ſi quid in medicos impenſum eſt, pro parte ſocium agnoſcere debere, rectiſſimè Iulianus probat.] ità Vlpianus cum Iuliano. Ecce, (exclamat Hunnius) hic ſocietas ità inita erat, ut unus pecuniam, alter operam conferret: & is qui operam contulerat, profectus eſſe proponitur, incidítque in latrones, pecuniámque in ſocietatem collatam perdidit, & dicitur damnum eſſe commune.

℞. 1. Hunnium nimis fidenter ſupponere, quòd ille mercator ſolam operam contulerit in ſocietatem. lex hoc nullo verbo dicit, ſed potiùs contrarium indicat, dum dicit, *ſuam pecuniam perdidiſſe, & alias res proprias*: quibus verbis indicat, pecuniam fuiſſe quidem illius, ſed non illi propriam, ſicut aliæ res, ſed communem, quæ tamen etiam dici poteſt *ſua*. Accedit, quòd rarior ſit contractus quo unus ſolam operam confert, quàm quo uterque ſociorum confert pecuniam: ergo potiùs talis contractus fuiſſe præſumendus eſt: & hæc non eſt divinatio, ſed juſta & rationabilis præſumptio. ℞. 2. Quærendum ex Hunnio, an pecunia perdita (ſi quidem, ut ipſe putat, non fuit collata in ſocietatem ab itinerante) fuerit illa, quam alter ſocius domi manens contulerat, an verò fuerit alia pecunia propria ipſius itinerantis? reſpondet, fuiſſe pecuniam non collatam in ſocietatem, ſed quam ipſe ſecum in viaticum ſumpſerat. Hac reſponſione Hunnius ſe ſuámque cauſam vulnerat. hinc enim infero. ergo lex allata nihil facit ad propoſitum, quia pecunia ab altero ſocio domi remanente collata, non periit caſu fortuito: quomodo ergo ex hoc textu Hunnius probabit, pecuniam ab uno ſolo collatam ſi caſu pereat, damnum eſſe commune?

Confirmo ſententiam ex ead. lege 52. §. 3. *ff. h. t.* ubi ſtatuitur, quòd quando animalia æſtimata traduntur ab uno ſocio alteri, periculum ſit commune, ſi inæſtimata, periculum ſit ſolius conferentis. cujus diſcriminis non videtur mihi poſſe reddi alia ratio, quàm quòd in priore caſu fiant communia, in ſecundo caſu non fiant communia, adeóque pereant ſuo domino: quo tamen caſu debet opera alterius pluris eſſe, quàm in priore, quo cum illo communicantur animalia ità ut periculum ad utrumque ſpectet. [Damna (*inquit Vlpianus*) quæ imprudentibus accidunt, hoc eſt damna fatalia, ſocii non coguntur præſtare: ideóque ſi pecus æſtimatum datum ſit, & in latrocinio aut incendio perierit, commune damnum eſt, ſi pecus acceperit.

CON-

CONTROVERSIA VI.

An pecunia ab uno ſolo collata, fiat communis, & finitâ societate veniat dividenda.

SUMMARIUM.

Refertur ſententia affirmativa Juriſtarum. 603.
Referuntur opiniones Theologorum. 604.
Regula Lugonis, deprehendendi æqualitatem contractûs. 605.
Regula aliorum Theologorum pro praxi. 606.
Si pro pecunia comparatæ merces, an hæ fiant communes. 607.

603. AFfirmant Covarruvias *lib. 3. var. reſol.* poſt Acurſium, Bartolum alióſque antiquiores, quos etiam ſequitur Hunnius & Treutlerus. Negativa tamen eſt longè communior poſt Baldum, Sichardum & alios, quos ex RR. ſequuntur Stephanus Gratianus *c. 360. n. 8. & 9.* Schneidewein, Fachineus l. 2. c. 94. Harpprecht, VVurmſerus, quibus ſubſcribit Caſtro Palao *p. 3.* & videtur abſolutè verior.

Probatur ab his AA. arg. legis 52. §. 2. *ff. h. t.* ibi reſolvit Vlpianus de pecoribus, quod nos aſſerimus de pecunia. [Si in coëundâ ſocietate artem operamve pollicitus eſt alter, veluti cùm pecus in commune paſcendum, aut agrum politiori damus, in commune quærendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa præſtanda eſt: pretium enim operæ artis eſt velamentum.] id eſt, præſtatio operæ eſt loco pretii. Colligitur etiam ex illis verbis §. 2. Inſt. ubi de tali contractu dicitur: *& tamen lucrum inter eos commune ſit.* quib' tacitè innuitur, capitale non eſſe commune. Ratio eſt, quia niſi aliud exprimatur, non eſt intentio conferentis pecuniam (ſicut nec conferentis pecora) transferre dominium, ſed ſolum uſum, ſeu, concurrere ſubminiſtrando pecuniam tanquam inſtrumentum, quo alter ſuam induſtriam exerceat: hoc enim ſufficit ad obtinendum lucrum commune, quod intenditur.

Confirmatur ab Harpprecht & VVurmſero, quia aliàs per ſe loquendo non facilè poſſet obtineri æqualitas. Vel enim ſocii haberent lucrum, vel non. ſi haberent, ei qui pecuniam contulit, tantùm ſortè decederet de ſorte, quantum aliàs lucri conſequi deberet: alter verò qui operam contulit, & haberet ſuam lucri partem, & dimidiam partem ſortis conſequeretur. Si verò nullum adeſſet lucrum, tunc is qui operam contulit, partem ſortis adipiſceretur, alter verò qui pecuniam contulit, nullum lucrum haberet, ſed præter intereſſe pecuniæ ſuæ collatæ etiam partem ſortis amitteret, & ſic in effectu evaderet Leonina Societas, hoc eſt, ut unus ſolum lucrum haberet ſine damno, alter ſolum damnum ſine lucro, quæ Leonina Societas (ſic dicta à fabula Æſopi de Leone, Vulpe, & Aſino) reprobatur à Iure lege 29. *ff. §. 2. h. t.* [Ariſto refert, Caſſium reſpondiſſe, Societatem talem coïri non poſſe, ut alter lucrum tantùm, alter damnum ſentiret, & hanc Societatem Leoninam ſolitum appellare, &c.]

604. Cæterùm, fatentur hi AA. quòd ex pacto poſſit pecunia collata eſſe dividenda, ſi opera alterius eſſet tantò pretioſior, quàm pecunia collata, & dimidium pecuniæ haberet rationem mercedis pro exceſſu operæ, propter ſpem lucri majoris: eſto per accidens contingeret, ut conferens pecuniam, damnum ſentiret ſine lucro, alter verò ſaltèm dimidium inſtar mercedis lucraretur. Hujusmodi ergo pactum communiter approbant Interpretes, quos refert, & ſequitur Gail *lib. 2. obſerv. 24. n. 5. 26. & ſeqq.* Hactenus retuli, quid in hoc puncto ſentiant Iureconſulti. Nunc Theologorum placita videamus, qui rem paulò enucleatiùs diſcuſſerunt.

Ex Theologis itaque P. Filliucius *tr. 58. c. 3. n. 44.* conſentit cum Iuriſtis, nempe capitale manere integrum conferenti, & ſolum lucrum eſſe dividendum. P. Molina diſtinguit: (loquitur autem de praxi Luſitanorum, ubi conferens operam etiam confert inſtrumenta, v. g. navigium, & ità etiam procedunt reliqui, ut Leſſius & Lugo) vel enim opera & uſus navigii æqualis valoris ſunt cum capitali quod alter confert, vel non: ſi ſit æqualis valoris, tunc cenſet, etiam capitale debere venire in diviſionem, & non ſolùm lucrum. ſi verò ſit multò minor, tunc capitale manebit integrum conferenti, & ſolum lucrum dividetur.

Card. de Lugo exiſtimat n. 16. hoc non dici conſequenter, & aliter diſtinguit. Poteſt enim, inquit, contractus ille dupliciter fieri. Primò, ut priùs extrahendus ſit totus valor capitalis (ſupponit autem Lugo, capitale factum eſſe commune cum altero Socio operam conferente) & reddendus ei, qui illud appoſuit, & poſtea dividatur ſolum lucrum remanens: hujus contractûs injuſtitiam Lugo oſtendit in exemplo. Ponamus Petrum conferre totum capitale, quod valet mille, Paulum verò conferre operam & uſum inſtrumentorum, quæ æſtimatur totidem mille, lucrum autem eſſe alia mille, ità ut extractis 1000. pro capitali reddendis Petro maneant mille dividenda, ex quibus dantur ſingulis 500. tunc Petrus habet ſua 1000. & inſuper 500. ex lucro. Paulus verò pro ſua opera & uſu navigii valentibus 1000. habet ſolùm 500. & ſic non ſolùm nihil lucratur, ſed perdit etiam 500. quia opera valebat 1000. Ergo non participat niſi de damno, quod eſt manifeſtè iniquum.

Ce-

Cæterùm, putat Lugo n. 17. hanc inæqualitatem poſſe aliunde compenſari: v. g. ſi Petrus conferat 2000. pro capitali, & Paulus operam, quæ æſtimatur 500. concedaturque Paulo, ut reddito priùs capitali ipſi Petro lucrum dividatur per partes æquales, ità ut ſi lucrum ſit 2000. Paulo competant 1000. quo caſu adeo poſſet creſcere ſpes majoris lucri ex diviſione per partes æquales facienda, ut illa ſpes compenſaret timorem non lucrandi, vel perdendi valorem operæ.

605. Ut autem faciliùs deprehendi poſſit æqualitas & juſtitia contractûs, ſtatuit idem Auctor pro regula, ut contractus comparetur cum alio contractu, qui ſine tali reſervatione contractûs fieret: nempe ſi ex capitali pecuniæ, & opera fiat unum capitale commune utrique Socio, & remanens ſimul cum lucro dividendum ſit Sociis per partes æquales, vel proportionales, ſi inæqualiter contulerunt, v. g. ſi Petrus contulit 1000. & Paulus operam quæ valebat alia mille, & lucrum ſit alia 1000. ſinguli recipient mille, & neuter lucratur: nam Petrus recipit 1000. collatos, Paulus verò recipit 1000. tanquam valorem operæ collatæ. Si verò opera valebat 500. ex ipſa & capitali à Petro collato fiunt 1500. & quod ex illis remanet, ſimul cum lucro dividetur inter utrumque per partes inæquales, dando Petro duas tertias partes, & Paulo unam. v. g. ſi lucrum ſint etiam 500. quæ cum mille prioribus conficient 1500. Paulus accipiet 500. & Petrus 1000. & conſequenter neuter lucratur. Si verò lucrum ſit v. g. 1100. quæ cum mille collatis à Petro faciant 2100. & ſimul computentur 500. quibus æſtimatur opera Pauli, Petrus accipiet 1400. & ſic lucrabitur 400. Paulus accipiet 700. & lucrabitur 200. Ità Lugo putat juſtificandum contractum quando unus pecuniam confert, ſed cum pacto, ut ſit communis, ità ut etiam periculum illius commune ſit.

Quòd ſi verò Petrus ſibi reſervaret capitale integrum, & nollet illud eſſe commune (& hic eſt modus contrahendi, quem volunt eſſe præſumendum Auctores pro ſecunda ſententia ſuperiùs relati, & conſentiunt Theologi, Molina n. 1. in fine, Fillucius n. 44. & 46. & Lugo n. 25. quando nullo pacto contrarium exprimitur) in hoc caſu ut ſervetur juſtitia in diviſione ſolius lucri, docet P. Molina d. 417. multò majorem partem lucri eſſe aſſignandam illi, qui operam apponit, quàm alioquin illi reſponderet, ſi pecunia collata communis & dividenda eſſet: Unde contingere poſſet, ut altero Socio apponente 700. pro capitali reſervato, & altero apponente operam valentem 100. in ordine ad participandum de lucro æſtimanda eſſet opera perinde acſi valeret 700. & ideo lucrum dividendum eſſet in partes æquales.

606. Pro praxi autem, & ad obſervandam dictam proportionem, inveſtigant Theologi Regulam. Et quidem P. Leſſius n. 22. & ſeqq. hanc ponit regulam. Si Petrus v. g. conferat 1000. pro capitali, quod ſibi vult integrum reſervari, adeoque in pactum deducit aſſecurationem, & alter conferat operam, æſtimanda imprimis eſt aſſecuratio ipſius capitalis; vel meliùs, æſtimandum eſt, quantâ ſummâ redimi poſſet periculum capitalis, (ponamus valere 100.) deinde æſtimanda eſt ſpes lucri futuri ex capitali deductis expenſis (ponamus valere 200.) ex altera parte conſiderandus eſt valor operæ (ponamus eſſe 100.) tunc contractâ Societate de capitali integro reſtituendo, & ſolo lucro dividendo, dividendi ſunt fructus perinde acſi primus contuliſſet 300. & ſecundus 100. nam primus cenſetur conferre periculum ſui capitalis, quod periculum redimere poſſet dando 100. & ſpem fructuum, quæ æſtimatur 200. itaque 300. cenſebitur expendere. alter verò expendit ſolummodo operam valentem 100. debebit ergo lucrum dividi in 4. partes, quarum tres pertinent ad primum, quarta verò ad ſecundum.

In hac Regula videtur P. Leſſius per oblivionem prætermiſiſſe æſtimationem lucri, quam confert ille, qui ſolam operam confert; nam hæc non minùs eſt æſtimanda in favorem conferentis operam, quàm in favorem conferentis pecuniam: quia etiam ultra valorem operæ ſpes lucri habet æſtimationem, ut advertit Lugo n. 20. ergo ſi ſpes lucri ex 1000. capitali emeretur 200. ſpes lucri ex opera valente 100. emeretur fortè 20. ſolutis 100. pro ejus valore. De reliquò Lugo approbat Regulam Leſſii.

607. Circa hunc contrahendi modum notant prædicti DD. quòd quamvis dominium capitalis quamdiu non expenditur, maneat penes conferentem, & ejus periculo ſit, ſi tamen ab altero operam conferente expendatur pro mercibus, merces fiant communes, ità tamen, ut in diviſione prius totum capitale extrahatur, adeò quidem, ut etiamſi præter capitale nihil ſuperſit, illud tamen totum cedat illi qui capitale contulit, quidquid negaverit Fillucius. Ratio eſt, quia ſicut capitale ſi periret, periret ſoli Domino, ità ſi nullum ſequatur lucrum, opera perit ſoli illi qui operam appoſuit; & ſic apparet, quòd Societas facta ſit ad ſolum lucrum.

CON-

CONTROVERSIA VII.

Vtrum in Societate valeat Pactum Aſſecurationis.

SUMMARIUM.

Proponitur forma Contractûs aſſecurationis. 608.
Auctores approbantes & improbantes Contractum. eod.
Refertur Bulla Sixti V. 609.
Declaratio ipſius Pontificis Conſulti ſuper hanc Bullam. 610.
Valet contractus, quo ſalvum capitale reſervetur conferenti, obſervatis conditionibus, quæ hic recenſentur. 611.
Solvuntur objectiones. 612.
Conferens capitale debet perſuaſum habere, quòd alter ſit negotiaturus, & ſperare lucrum. 613.
An tres Contractus incluſi debeant fieri ſucceſſivè. 614.
An debeant celebrari expreſſè. 615.
An poſſit conferens operam obligari ad dimidiam damni capitalis, ſi pereat, ſi non pereat, accipiat ſolùm quartam partem. 616.
An conferens capitale poſſit ab altero exigere pignus pro aſſecuratione. 617.

608. QUÆRITUR, an licitus, & ab uſuræ labe immunis ſit contractus hujuſmodi. Confert Petrus in Societatem v.g. 1000. aureos hoc pacto, ut alter Socius operam conferens capitale hoc aſſecuret, hoc eſt, ejus periculum in ſe recipiat: deinde ex lucro ſperato quomodocunque res ſuccedat, Petro ſolvat ſingulis annis 50. vel 60. & quamvis ſpes lucrandi ſe magis extendat, propter periculum tamen, quòd Socius in ſe recipit, Petrus minus exigit.

Hunc Contractum approbat Layman tum *c. 18. n. 11. tum c. 20. n. 2.* ubi benè advertit in hoc contractu tres contractus involvi. Primus, ac principalis eſt *Societatis*: Alter acceſſorius eſt, *Aſſecurationis*: Tertius eſt *Venditionis*, quâ ſpem lucri vendis pro 50. Eundem contractum approbat Caſtro Palao pluribus aliis adductis p. 5. quos etiam ſequitur Leſſius, Bonacina, Card. de Lugo n. 40. ſed cum conditionibus ibi aſſignatis, & poſtea referendis, eſtque ſententia communior. Contractum hunc improbat ex Theologis Sotus, Azor, Rebellus, aliíque, quos affert Diana 1. *tom. tr. de Contr. reſol.* 50. Ex Iuriſtis Antonius Gomez, & quidam alii, quos ſequitur VVidman n. 34. eúmque reprobant ſimpliciter tanquam uſuram ſapientem, ob Bullam Sixti V. poſtea referendam, cujus nullam mentionem (quod miror) facit Layman, ſicut nec Caſtro Palao. Tria ergo præſtanda ſunt. 1. Ipſa Bulla exhibenda. 2. Quid efficaciæ & ponderis habeat illa Bulla, & in quo rigore ſit intelligenda, quandoquidem praxis habet, ut ejuſmodi Contractus ineantur frequenter. 3. Quid ex natura rei dicendum ſit, ſeclusâ lege poſitivâ prohibente. Bulla ergo ſic habet.

609. [Deteſtabilis avaritiæ ingluvies, & inſatiabilis lucrandi cupiditas malorum omnium radix, usque adeo excæcat mortalium mentes, ut multi nimis avidè lucro inhiantes in laqueos & inſidias diaboli miserè incidant, &c. Nam multi ſpecioſum & honeſtum Societatis nomen ſuis fœneratitiis contractibus prætexendo, hoc quaſi colore & fuco mercatoribus, opificibus, negotiatoribus, & aliis perſonis ſuper eorum mercibus & officinis, tabernis, pannariis, aliíſque rebus ac bonis pecunias ſuas, aut alias res Societatis nomine conferunt, vel greges, armenta, aut certa animalia agricolis ſeu terrarum cultoribus, paſtoribus, aliíſque ruſticis, ſeu quibusvis perſonis in Societatem eâ conditione, ut ſors ipſa ſeu caput, quod vulgò dicitur capitale, tam pecuniarum, quàm animalium & rerum, ſalvum ſemper, & integrum exiſtat, pro eo qui non induſtriam, aut operas, ſed pecunias, animalia aut res hujuſmodi in Societatem confert, utpote omne periculum & damnum ab altero Socio recipiente ſuſtineatur, contra æquitatem & Societatis juſtitiam diverſimodè paciſcuntur, eosdem Socios, cum quibus contrahunt, plerumque pauperes & egenos, ſuóque labore & induſtriâ victitantes ad ſortem, ſeu capitale reſtituendum, quicunque tandem caſus rerúmque eventus conſequantur, pacto & obligatione adſtringunt, ſimulque etiã certam lucri quantitatem & ſummam, veluti tot pro quolibet centenario in ſingulos annos aut menſes per alterum Socium durante Societate ſolvendam præfiniunt, ac præſcribunt, eámque ſummam & quantitatem non ſubductis rationibus accepti & expenſi, quod in codices ſeu tabulas Societatis referri ſolet, neque facto calculo, vel computo, pro ipſius lucri vel damni modo variabilem, ſed laborem & curam computandi, & calculandi, ſe invicem remittere & renuntiare aſſerentes, quovis tempore certam conſtituunt.

Proinde Nos, &c. de attributæ Nobis Apoſtolicæ Poteſtatis plenitudine hac noſtrâ perpetuâ valiturâ Conſtitutione damnamus, & reprobamus omnes, & quoscunque Contractus, Conventiones, & Pactiones poſt hoc ineundos, ſeu ineundas, per quos, ſeu quas cavebitur perſonis, pecunias, animalia, aut quaslibet alias Res Societatis nomine tradentibus, ut etiam fortuito caſu quamlibet jacturam, damnum, aut amiſſionem ſequi contingat, ſors ipſa ſeu capitale ſemper ſalvum ſit, & integrum à ſocio recipiente reſtituatur, ſive ut de certa quantitate, vel ſumma in ſingulos annos aut menſes durante Societate reſpondeatur.

Statuimúſque, hujuſmodi Contractus, Conventiones, & Pactiones uſurarias, & illicita poſthac cenſeri debere, atque impoſterum

non licere iis, qui pecunias vel animalia vel alias res in Societatem tradent, de certo lucro, ut præfertur percipiendo inter ſe paciſci, & concordare: neque etiam ſive ad certum ſive ad incertum lucrum convenerint, ſocios, qui ea accipient, ad ſortem ſeu capitale ſalvum & integrum, ubi illud caſu fortuito perierit, vel amiſſum erit, reddendum quovis pacto, aut promiſſione ſibi obligare. ac ne de cætero Societates ineantur ſub hujusmodi pactis & conditionibus, quæ uſurariam pravitatem ſapiunt, diſtrictè interdicimus & prohibemus.

Sed potiùs cuncti noverint, Societates hujusmodi, cùm impoſterum unus pecuniam, animalia, aut alias res & bona, alter verò operam, vel induſtriam confert, purè, ſincerè, & bonâ fide, ſicut decet, juſtis & æquis Conditionibus & Pactis, ſecundùm Iuris diſpoſitionem, ac ſine ulla prorſus fraude, palliatione, aut uſurariæ pravitatis labe, aut ſuſpicione ineundas, ſeu contrahendas eſſe, ità ut non ad certam ſummam, aut quantitatem ab omni periculo, & damno, ut præfertur immunem lucri nomine perſolvendam, neque ad capitale, ſi caſu fortuitò perit, reſtituendum ſocius accipiens teneatur.

Si verò finitâ Societate ipſum capitale extat, ei qui illud in Societatem contulerit, reſtituatur, niſi ſocio recipienti fuerit communicatum, aut aliter inter ipſos contrahentes ſuper eo legitimè conventum ſit. ac præterea ijdem contrahentes fructus, expenſas, & damna in commune conferant, & prout æquum & juſtum erit, ſibi communicent atque dividant.

Decernentes, ſi qui Contractus, Conventiones, & Pactiones in ſummum contra noſtram hujusmodi prohibitionem deſacto initi fuerint, nullam ex eis, tanquam per hanc eandem Conſtitutionem noſtram damnatis, & reprobatis, etiam ſi juramento aut formâ Cameræ Apoſtolicæ, vel aliàs quomodolibet roborati fuerint, obligationem Civilem aut naturalem oriri, nullámque actionem realem, aut perſonalem, nec Iudicis Officium, neque aliud quodcunque Ius, cuiquã competere, neque quoad ſortem, ſeo capitale integrum recuperandum, quod caſu fortuito perierit, aut amiſſum erit, neque quoad certas ſummas, & quantitates in ſingulos annos, aut menſes lucri ſocialis nomine promiſſas.

Si qui verò impoſterum, ſub prædictis conditionibus & pactis contrahere temerè præſumpſerint, aut prætextu ſimilium Contractuum, Conventionum, & Pactionum Societatis nomine initorum, qui hucusque durant, ad exactionem dictæ ſortis, ſeu capitalis, ſive illius pretii, & valoris, poſtquam illud in toto, vel in parte caſu fortuito perierit, aut amiſſum ſit, aut certæ ſummæ vel quantitatis annuæ, aut menſuræ ſibi promiſſæ in futurum procedere auſi fuerint, eos univerſos & ſingulos in pœnas contra manifeſtos Vſurarios & Fœneratores à Sacris Canonibus, & Conciliis Generalibus latas, & promulgatas, eo ipſo incurrere, & contra illos, ut manifeſtos Vſurarios & Fœneratores, viâ Iuris, aliíſque opportunis remediis procedi poſſe & debere, ſicque ab omnibus cenſeri, & ità, quoad præmiſſa univerſa, & ſingula per quoscunque Iudices, & Commiſſarios, quâvis Auctoritate fungentes, etiam cauſarum Palatii Apoſtolici Auditores ac S. R. E. Cardinales (ſublatâ eis & eorum cuilibet, quavis aliter judicandi, & interpretandi Facultate, & Auctoritate) ubique judicari, declarari, ac definiri debere, necnon irritum & inane, ſi ſecùs ſuper his per quoscunque quâvis Auctoritate ſcienter, vel ignoranter contigerit attentari.

Mandamus verò univerſis, &c. (*ut in aliis Conſtitut.*) non obſtantibus quarumcunque Civitatum, Provinciarum, & Locorum, juramento, Confirmatione Apoſtolicâ, vel quâvis aliâ Firmitate roboratis Statutis, & Conſuetudinibus, Privilegiis quoque indultis, & Litteris Apoſtolicis, quorumcunque tenorum exiſtant, ſive per modum Conſtitutionis, & Legis perpetuæ quomodolibet conceſſis, etiam ſæpiùs approbatis & innovatis, quæ omnia nolumus de cætero cuiquam, ſuffragari, &c.] *Sequitur Promulgatio, &c.*

610. Circa hujus Conſtitutionis rigorem quem verba præ ſe ferunt, & quoad prohibitionis, ac annullationis univerſalitatem conſultus ipſe Pontifex, fertur ſe declaraſſe (ut teſtatur P. Azor à viris fide dignis ſe audiviſſe) quòd ſolùm voluerit prohibere ea pacta, quando injuſta & uſuraria eſſent, non verò quando eſſent juſta. Filliucius *c. 3. n. 59.* huic reſponſo fidem adhibet ideo, quòd poſt hanc Bullam paſſim ſimiles contractus celebrentur, ut de Luſitania & Belgio, aliíſque Provinciis teſtantur Molina & Leſſius. quare, vel dicendum eſt (inquit Lugo) hanc fuiſſe Pontificis mentem, vel certè Bullam non fuiſſe aliter receptam. Quin imò Cardinalis Toletus, & Cardinalis S. Severinæ, quibus fuerat commiſſa cura ſanciendæ Conſtitutionis, Stephano Tuccio noſtræ Societatis Theologo retulerunt, Sixtum V. de ſenſu Bullæ interrogatum reſpondiſſe, ſe in ea ſolùm voluiſſe prohibere injuſtos Contractus, & Conventiones ſolitas Societatibus apponi, quas Claſſici DD. condemnarent, non autem eas, quas ijdem approbarent tanquam juſtas. ità ad Comitolum teſtatus litteris eſt dictus Theologus. Denique exſtat deciſio Romana die 3. Iunij 1602. in qua Joan. Baptiſta Coccinus Sacræ Rotæ Decanus conrludit, hanc Bullam comprehendere ſolùm caſus uſurarios de Iure communi, additis majoribus pœnis, atque ità Rotam cenſuiſſe. ità habetur in Compendio Bullarii Cherubini Schol. 1. ad Bull. 45. Sixti V. Huic ergo declarationi acquieſcamus, nec verba Bullæ ſcrupuloſiùs rimemur.

Cùm

Cùm ergo auctoritas Bullæ non obſtet, quid ex natura rei dicendum ſit; videamus.

611. DICO cum communiore ſententia, per ſe loquendo validum & licitum poſſe fieri contractum, quo ſalvum capitale reſervetur conferenti, ità ut aſſecuratio ſpectet ad accipientem, ſi ſequentes conditiones obſerventur, quas aſſignat Lugo. Primò, lucrum certum, quod ab accipiente pecuniam ſolvendum eſt conferenti, debet eſſe adeo moderatum, ut attento capitali, & ſpe lucri majoris quam habet accipiens, appareat, compenſari juſtè periculum, quod alter ſocius ſubit circa ſecuritatem capitalis in ſe receptam, & certitudo lucri promiſſi ſeu ſolvendi, compenſari, inquam, per diminutionem illam lucri multò majoris probabiliter ſperati. v. gr. Si ſperatur lucrum fore 12. pro centenario, & conferens capitale exigit ſolùm 4. cedunt jam ſocio negotianti octo incerta pro ſecuritate ſeu aſſecuratione capitalis, & pro certitudine lucri 4. ſolvendorum. Secundò requiritur, ut ſocietas non ſit facta, nec palliata uſura, qualis eſſet, ſi quis pecuniam daret alicui, ſciens eum non negotiaturum cum illa: nam ſic reverà non intervenires ſpes lucri majoris, ſed exigeretur lucrum ex mutuo ultra ſortem, ut conſideranti patet. Tertiò requiritur, ut alter negotietur nō præcisè ſuo, ſed etiam nomine conferentis capitale, alioquin non eſſet contractus Societatis. His poſitis

Concluſionem probare nititur poſt alios Caſtro Palao tum ex Iure Civili tum ex Iure Canonico. Ex Iure civili citat leg. 29. §. 1. *ff. h. t.* verùm, hic textus ad rem non facit, non enim ponit obligationem aſſecurationis capitalis in conferente operam, ſed ſolùm abſolvit talem ab eo, quòd non debeat habere damnum ex capitali ſi pereat, quem modum contrahendi nemo improbat, ut ex ſuprà dictis liquet. textus eſt clarus: [Quod ità demū valebit, ſi tanti ſit opera, quanti damnum eſt (*quod ſc. alter timere poteſt*) plerumque enim tanta eſt induſtria ſocii, ut plus ſocietati conferat quàm pecunia.] & ità notat gloſſa Gothofredi. Ex Iure Canonico adducit c. *per veſtras. de donat. inter virum & uxorem.* ubi cavetur ob inopiam mariti, nec valentis dare ſufficientem cautionem de dote conſervanda ab eo extrahi darique mercatori, ut ex ejus lucris onera matrimonii ſuſtententur. Quod certè (inquit Palao) fieri non poſſet, ſi mercator dotem ſecuram non redderet, & inſuper lucrum promitteret. Verùm nec hinc aliquid evincitur, quia mercator non fuit adactus ad aſſecurandam dotem etiam pro caſu fortuito, ſed ad ſummum ad adhibendam diligentiam moralem, & ad cavendam culpam, quam bonus paterfamilias cavet in propriis bonis.

Meliùs ergo probatur argumento negativo, quia nihil in ſe continet talis contractus, quod labe uſuræ ſit vitiatum, ut patebit argumentorum ſolutione; & breviter declaratur in tribus contractibus, quos ſuprà dixi ex Laymano, includi in hac ſpecie ſocietatis. Nam imprimis contractus iſte quà eſt contractus ſocietatis præciſè, non transfert dominium capitalis, ut ſupponitur: ergo non habet rationem mutui. Deinde contractus aſſecurationis ex ſe eſt licitus; ergo poſſet Petrus conferens capitale, alicui alteri aſſignare certam ſpem fructuum in debita æſtimatione, ut alter in ſe reciperet periculum capitalis. Denique ſicut jactus retis venditur pro pretio certo, licèt captura ſit incerta, & in meta ſpe poſita, ità qui confert capitale, & pro magna ſpe lucri exigit minorem partem certam lucri, vendit illam ſpem pro certo pretio: ergo etiam venditio quæ in hac ſpecie Societatis includitur, eſt ex ſe juſta & licita, ergo ex nullo capite vitiatur.

Confirmatur ex ſuprà dictis præced. contr. ubi vidimus, aliquando totū periculum capitalis eſſe penes conferentem capitale, aliquando verò dimidiam partem periculi ſpectare ad eum qui operam confert, dummodo illi aliunde plus de lucro adjudicetur & in pactum deducatur, quo illud periculum compenſetur: ergo poteſt lucri conceſſio eò uſque excreſcere, ut æquivaleat toti aſſecurationi.

612. Objiciunt 1. Si dominium totum capitalis transfertur in alterum qui confert operam, tollitur conceptus ſocietatis: atqui transfertur in tali contractu (de quo diſputamus) totum dominium. ergo.

Minor probatur: quia accipiens poteſt de capitali pro libitu diſponere, & ſi ad alios uſus impenderet, quàm ad negotiationem, dummodo refunderet capitale, & lucrum promiſſum, nullam faceret injuriam, quia totum id præſtaret, ad quod obligatur. ergo nihil deeſt illi, quominus ſit pecuniæ dominus. ℞. Negando minorem, & probationem. Reverà enim obligatur ad negotiandum, vel meliùs, ad non auferendam ſibi facultatem negotiandi cum tali pecunia, adeoque ad eam non expendendam ad alios uſus, niſi ſubſtituat aliam, cujus conferens fiat dominus, quamque nomine illius poſſideat. Itàque quamdiu pecunia non expenditur, omnes effectus dominii conveniunt conferenti, nempe Rei vindicatio, & prælatio reſpectu aliorum creditorum, & quidem non ſolùm quoad capitale, ſed etiam quoad fructus, quia res domino ſuo fructificat.

Ex eo autem quòd negotiator poſſet ſubſtituere aliam pecuniam, item quòd ſatisfaceret conferenti, ſi omiſſâ negotiatione refunderet capitale & lucrum conſtitutum, ineptè infertur, quòd antecedenter ad pecuniæ alienationem ſit pecuniæ dominus: alioquin etiam nauclerus fieret dominus mercium, quas accepit à mercatore transferendas & vendendas cum contractu aſſecurationis, quod abſurdè diceretur. Itaque alter obli-

obligatur vigore initæ Societatis negotiari, & non diſſolvere ſocietatem altero invito. atqui ſi aliter pecunias impenderet, & negotiationem omitteret, diſſolveretur Societas. Porrò, quia ſocietas non ſubſiſteret, ſed evaderet mutuum uſurarium, ſi dominium transferretur, jam habet conferens capitale juſtiſſimam cauſam retinendi dominium pecuniæ, & ut ſit invitus ne alter pecuniam aliter expendat, ob effectus recenſitos. Sicut ergo pateretur quis injuriam à fure, etiamſi haberet Metaphyſicam certitudinem, quòd eſſet deinde per viam juris pecuniam furtivam recepturus, ità etiam in caſu noſtro, qui contulit pecuniam retento dominio in hunc finem, ut ſerviat pecunia ad contractum ſocietatis, patitur injuriam, ſi aliter expendatur, & ſocietas diſſolvatur ſe invito, etiamſi metaphyſicè certus eſſet, quòd alter eſſet omnia reſuſurus; nam hæc ſcientia habet ſe per accidens: ſic Deus pateretur injuriam, ſi quis calicem illi ſacratum & dicatum auferret, etiamſi fur eum eſſet reſtiturutus, & Deus hoc præyideret futurum. Hoc enim eſt de conceptu dominii, ut nemo alius poſſit ſe invito rem ſuam attrectare & deſtruere, quia dominus non eſt (ut ſuppono) aliunde obligatus conſentire in talem deſtructionem. ergo vi dominii poteſt alium obligare ad ſuum libitum & placitum, ne rem ſuam ſibi uſurpet, impediendo illum finem, ad quem dominus rem ſuam ordinat.

Objiciunt 2. Hac ratione aperitur facilis modus ad quamvis uſuram palliandam. Quoties enim alius à me mutuum petet, dicam illi. Nolo dare mutuum, ſed dabo 1000. ad ſocietatem, cum pacto de aſſecuratione ſortis & lucri moderati, donec ſortem reſtituas. Hoc argumentum retorquet Lugo, oſtendendo illud omnibus ſolvendum eſſe, qui admittunt ex natura rei poſſe emi cenſum redimibilem in favorem emptoris ad libitum emptoris, dummodo adſit ſerius animus vendendi & emendi. Quidquid ſit de hac retorſione, directè reſpondeo, ſicut ex periculo abutendi vino, negotiatione, &c. non licet inferre: ex natura rei eſſe illicitum uſum vini & negotiationis, &c. ità ex periculo abutendi ſocietate, non inferri, eſſe ex natura rei illicitum talem contractum. Ratio eſt, quia in abuſu non ſervarentur conditiones ſuprà requiſitæ, nempe non adeſſet animus ſerius intendens capere lucrum ex negotiatione lucroſa ab altero ſocio præſtanda, nec talis traditio capitalis fundaretur in ſpe lucri majoris; ac denique quia vellet transferre dominium pecuniæ, & ſic deſtrueret eſſentiam ſocietatis. Hinc

613. Infero, ad juſtificandum hunc contractum, debere in conferente capitale adeſſe perſuaſionem, quòd alter eſſet negotiaturus, & ſpem, quòd eſſet lucraturus, alioquin non poſſet habere ſincerum animum contrahendi ſocietatem, & vendendi ſpem (quam non habet) pro modico lucro. unde ſicut, ſi piſcatores certò ſcirent, nullos adeſſe piſces, & ideo ſe nihil capturos, non poſſent vendere ſpem capturæ, ità ſi dans pecuniam certò ſciret privatâ notitiâ, alterum non habere animum negotiandi, nec fore ullam occaſionem negotiandi, non poſſet ſeriò contrahere ſocietatem, & ex ea lucrum ſperare.

614. Quæres. 1. An tres illi contractus, quos dixi includi in hoc contractu ſocietatis, debeant fieri ſucceſſivè. Affirmat Cajetanus. Sed alii omnes negant hoc requiri, quia ſimultas non inducit inæqualitatem, ſi eam non inducit ſucceſſio. Imo non eſt neceſſe ut contractus fiat independens à contractu aſſecurationis, ità ut etiamſi alter nollet inire contractum aſſecurationis, teneret abſolutè contractus ſocietatis. Hoc, inquam, non eſt neceſſe, quia eſt liberum utrique contrahere eo modo quo libuerit, ſicut venditio poteſt fieri cum alligatione ad revenditionem. Ità Molina, Leſſius, Lugo, alii.

615. Quæres 2. An ſaltem debeant illi contractus expreſsè celebrari & diſtinctè. Reſpondent iidem DD. negativè, ſed ſufficere, ſi quis velit dando pecunias cum pacto lucri celebrare contractus illos implicitè, nempe eo modo, quo alii timorati ſolent, & quo modo celebrari poſſe tradunt Theologi. Quamvis, ut monet Lugo, expediat, ut illi contractus magis expreſsè & diſtinctè fiant, dicendo: Do tibi hoc capitale ad ſocietatem & lucrum, & ut nomine utriuſque noſtrum negotieris: & ulteriùs pro aſſecuratione capitalis cedo tibi exceſſum lucri ſperati, & pro moderato lucro, &c.

616. Quæres 3. An poſſit iniri ſocietas hoc pacto, ut conferens operam obligetur ad dimidium damni capitalis, caſu quo pereat; quod ſi verò ſalvum maneat, detur eidem quarta ſolùm vel quinta pars capitalis in diviſione. Negat Azor, ſed immeritò, ſicut etiam Filliucius immeritò requirit ad Iuſtitiam hujus contractûs, quòd aliqua ſaltem pars capitalis debeat pro conferente operam ſalva manere. Cùm enim Filliucius admittat, poſſe non ſolùm dimidium, ſed etiam totum damnum capitalis ad conferentem operam pertinere, modo ſuperiùs dicto, poterit multò magis ſolum dimidium capitalis pereuntis ad ipſum pertinere, etiamſi nihil ex capitali ipſi dandum ſit, dummodo hoc onus compenſetur diminutione proportionatâ lucri reddendi. & ità ſentit Lugo. n. 50.

617. Quæres 4. An poſſit conferens capitale exigere ab altero pignus pro aſſecuratione capitalis. Reſpondent DD. communiter affirmativè, & quidem non eſt dubium, quòd hoc poſſit exigi, ut ſi culpa alterius vel periret, vel non fructificaret, ſic haberetur ſecuritas capitalis. Cæterùm, Lugo hoc etiam extendit conſequenter ad caſum fortuitum. Semper enim pignoris exactio licita eſt, ſi pactum ſecundùm

Digitized by Google

ſum ſe ſit licitùm, dummodo fructus pignoris, (ſi quidam ſit fructiferum) in partem debiti computentur. Ergo quando licitè ſit contractus aſſecurationis etiam pro caſu fortuito, poterit pignus intervenire.

CONTROVERSIA VIII.

Quam culpam præſtare teneatur Socius.

SUMMARIUM.

R*Efertur textus* §. 9. Inſt. de Societ. *& ejus intellectus.* 618.

An ſufficiat, à Socio præſtari culpam levem. 619.

Intellectus legis 32. ff. Depoſiti. 619.

Intellectus legis 25. §. 16. ff. fam. Erciſc. 620.

618. D*E hoc extat* §. 9. *Inſt. h. t.* [Socius Socio utrum eo nomine tantùm teneatur pro ſocio actione, ſi quid dolo commiſerit, ſicut is qui deponi apud ſe paſſus eſt, an etiam culpæ, id eſt deſidiæ atque negligentiæ nomine, quæſitum eſt. Prævaluit tamen etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactiſſimam diligentiam dirigenda eſt. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere ſocium, qualem ſuis rebus adhibere ſolet. Nam qui parum diligentem ſocium ſibi aſſumit, de ſe quæri, ſibique imputare debet.]

Ex quo textu videri poſſet inferendum, quòd non poſſit aſſignari determinatum genus culpæ, latæ, levis, aut leviſſimæ, ad quam præſtandam teneatur ſocius, ſed hoc pendere ex eo, qualem diligentiam ſoleat adhibere circa res proprias adminiſtrandas. Si enim ſolet eſſe diligentiſſimus, videtur ſe obligare ad cavendam etiam leviſſimam culpam, utpote quam circa res proprias cavet, & juxta textum obligatur ad illam diligentiam, quam adhibet propriis rebus. Si verò circa res proprias verſari ſoleat cum minore diligentia, cavendo ſolùm levem culpam, ad hanc ſolùm præſtandam tenebitur. Si circa res proprias ſoleat eſſe adeo incurius, ut ſolùm latam culpam cavere ſoleat, ad hanc ſolam cavendam tenebitur. Denique ſi circa res proprias ne quidem latam culpam cavere ſoleat, de ſolo dolo tenebitur. Verùm

619. DICENDUM eſt cum communi omnium Interpretum, nec ſufficere ſi caveat culpam latam, nec requiri ut caveat leviſſimam culpam, ſed requiri & ſufficere, ſi caveat & præſtet culpam levem. Neque refragari voluit Imperator in adducto textu: ſupponebat enim, neminem tam ſtultum eſſe, qui aſſumat ſocium, quem ſcit circa res proprias nec levem quidem culpam cavere ſolere, & de quovis præſumi, quòd ſoleat communem diligentiam adhibere, niſi de contrario conſtet. Quando autem dicit Imperator, quòd ſibi imputare debeat ſocius, ſi parùm diligentem ſocium admiſit, loquitur de eo, qui non ſolet adhibere exactiſſimam diligentiam.

Itàque in hoc contractu, qui utilitatem utriuſque contrahentis ſpectat, locum habet regula generalis, quòd culpa levis præſtanda ſit, ut in contractu emptionis, locationis, dotis, pignoris. Cæterùm, ſicut alibi in ſimilibus dicitur, ſi in pactum aliud deductu[m] eſſet, illud eſſet obſervandum, nempe ſi in pactum deductum eſſet, ut etiam culpa leviſſima præſtaretur. Sed tunc ut æqualitas ſervaretur, hoc onus eſſet aliunde, v. g. ex aſſignatione majoris lucri, compenſandum, econtra ſi pactum eſſet, ut nec culpa lata præſtaretur (modo dolus abeſſet) pariter ſervandum eſſet. quæ omnia habentur lege 23. ff. de R. I. alibi relata, ubi additur. [Sed hæc ità, niſi ſi quid nominatim convenit, vel plus vel minus in ſingulis contractibus: nam hoc ſervabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit: excepto eo quòd Celſus putat non valere, ſi convenerit, ne dolus præſtetur. hoc enim bonæ fidei judicio contrarium eſt.]

Objici poſſet 1. ad probandum quòd ſocius non teneatur præſtare niſi culpam latam. Nam non videtur teneri ad majorem diligentiam, quàm ad illam, ad quam tenetur depoſitarius: atqui depoſitarius non tenetur niſi de culpa lata; ergo nec ſocius. Majorem propoſitionem aliqui probare nituntur ex lege 32. ff. *depoſiti.* ubi Celſus reſpondet, quòd ſi quis in depoſito non ad ſuum modum curam præſtet, fraude non careat, quia ſalvâ fide non minorem iis, quàm ſuis rebus diligentiam præſtare debet. atqui etiam ſocius ad plus non obligatur, quàm ad illam diligentiam, quam in ſuis rebus adhibet: ergo ex hoc dicendum erit, quòd non obligetur ad majorem diligentiam, quàm ad illam, ad quam obligatur depoſitarius.

℞. Si legis adductæ verba diligentiùs ponderentur, ſolutionem ipſa indicat, dum Iureconſultus acutè diſtinguit inter diligentiam quam communiter ſolent homines adhibere ſuis rebus, & illam quam quivis in particulari conſideratus ſolet ſuis rebus adhibere. Illa prior diligentia cavet culpam non tantùm latam, ſed etiam levem, poſterior diligentia ſæpè ſolùm ſe extendit ad cavendam culpam latam. Priorem diligentiam ſatis aptè vocat VVurmſerus diligentiam conſideratam in homine in abſtracto, & poſteriorem conſideratam in homine in concreto. Quando ergo Iura ſuprà adducta requirunt in ſocio diligentiam quam quis ſolet adhibere in rebus propriis, illud: *Quis*: habet ſenſum abſtractum, quaſi diceretur: [Quam quivis, ſi quidem operetur, ut alii communiter ſolent, & ut debet quivis operari, ſi congruè velit operari, adhibere

hibere ſoler.] Quando verò lex objecta 32. de depoſitario loquitur, requirit ſolùm diligeotiam illam quæ excludit culpam latam,& quæ ſi abeſſet in homine, diceretur talis ſimpliciter negligentiſſimus,& oullam curam ſuarum rerum habens. Lex ità habet. [Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum eſſe, Proculo diſplicebat, mihi (*inquit Celſus*) veriſſimum videtur: & ſi quis oon ad eum modum quem NB. hominum natura deſiderat (*ecce! diligentiam communiter adhiberi ſolitam, & in abſtracto conſideratam*) diligens eſt, niſi tamen ad ſuum modum curam io depoſito præſtat, (*ecce! diligentiam conſideratam in concreto*) fraude non caret: nec enim ſalvâ fide minorem iis, quàm ſuis rebus diligentiam præſtabit.] Quaſi diceret: eſto quis depoſitarius noo adhibeat illam diligentiam, quam natura hominum poſtulat, & quæ levem culpam cavet, ſi tamen adhibet illam, quam ipſe in ſuis rebus & ſuo particulari modo adminiſtrandi adhibet, fraude jam caret, ſi autem nec hanc adhibet, fraude non caret. Scio aliter reſpondere Hunoium, & ex eo Harpprecht, ſed quia non aſſequor, quomodo ad conciliända jura eorum reſponſio applicari poſſit, eàm non moror.

610. Objici ſolet 2. argumentum à contrario ſenſu deductum ex lege 25. §. 16. *ff. fam. erciſc.* ubi cohæres ideo debet præſtare culpam levem, quia alteri cohæredi non conſenſu, ſed re conjungitur, & ideo non eſt in ipſius poteſtate eligere diligentiorem: atqui ſocii, de quibus in præſenti diſputamus, non re ſed conſenſu, nempe conventiooe & contractu conjunguntur: ergo non debet præſtare niſi culpam latam, oam ſibi impute ſocius, quod diligentiorem non elegerit. [Non tantùm dolum (*inquit Paulus*) ſed & culpam (*intellige levem*) in re hæreditaria præſtare debet cohæres, quoniam NB. cum cohærede non contrahimus, ſed incidimus in eum, non tamen diligentiam præſtare debet, qualem diligens familias (*id eſt exactam*) quoniam hic propter ſuam partem cauſam habuit gerendi, & ideo negotiorum geſtorum actio non competit: talem igitur diligentiam præſtare debet, qualem in ſuis rebus.]

Jacobus Cujacius & Petrus Faber exiſtimant, in hac lege contineri illam antiquorum Iurecon ſultorum diſſenſionem, cujus meminit Imperator in Inſt. textu relato ſtatim à principio hujus controverſiæ, adeoque putant Paulum I C. fuiſſe ex illis, qui putabant, ſocium ſocio per contractum ſacto non teneri niſi de culpa lata: quorum tamen ſententiam improbat Iuſtinianus, atque oppoſitam obtinuiſſe. Putant ergo, has Iuriſconſultorum diſſenſiones negligentiâ Compilatorum ſæpiùs in Pandectis relictas eſſe.

Hanc tamen reſponſionem alii non recipiunt, ne antilogias inter leges admittere cogantur, quod grande piaculum exiſtimant, aliis ſine ſcrupulo admittentibus. Verùm, in præſenti puncto non eſt neceſſe huc recurrere, ſed commodè reſponderi poteſt cum Hunnio, VVurmſeo, Harpprecht, & aliis, argumentum objectionis deductum eſſe à ceſſante ratione legis, hoc eſt, inferri, quòd cohæres teneatur de culpa levi, quià non eligitur, ſed re conjungitur: quæ ratio licèt deficiat in aliis ſociis, hinc tamen non licet ſtatim inferre: ergo non tenetur de culpa levi: nam licèt ex hac ratione non teneatur, eſt tamen alia ratio, illi rationi æquivalens ſi oon præponderans, nempe quòd ſocietas utriuſque utilitatem ſpectet: quæ ratio etiam ſufficeret, ut cohæres cohæredi teneretur de culpa levi, etiamſi conſenſu illi conjungeretur, & non re. Et ſaoè cohæres non ità re conjungitur alteri, ut non aliquo modo etiam conſenſu conjungatur, quia liberum illi eſt, eſſe vel noo eſſe hæredem: ergo etiam aliquo modo eligit cohæredem, etſi non eo ſenſu, quaſi poſſet alium cohæredem eligere, ſicut ſocius poteſt alium ſocium eligere. Principalis ergo ratio eſt, quòd utriuſque utilitas in tali ſociorum conjunctione verſetur. Quæ omnia conſentiunt legi 5. §. 2. ff. commodati. [Et quidē in contractibus interdum dolum ſolum, interdū & culpam præſtamus, dolū in depoſito, nam NB. quia nulla utilitas (*ecce! rationem principalem*) ejus verſatur, apud quem deponitur, meritò dolus præſtatur ſolus, oiſi fortè & merces acceſſit: tunc enim (ut eſt & conſtitutum) etiam culpa exhibetur, aut ſi hoc ab initio convenit, ut culpam & periculum præſtet is penes quem deponitur. Sed ubi NB. utriuſque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in Societate, & dolus & culpa præſtatur.] In quâ lege per dolum etiam culpa lata, quæ plerumque dolo comparatur, intelligitur, & (ſicut etiam in aliis legibus ſuprà relatis) per culpam ſimpliciter prolatam culpa levis, hoc eſt, quæ communi diligentiæ opponitur, intelligitur.

CON-

CONTROVERSIA IX.

Vtrum Socio conveniat Beneficium Competentiæ.

SUMMARIUM.

Competit Socio Beneficium competentiæ. 621.

Quod tempus exſpectandum, ut conſtet, quantum facere poſſit. 622.

An hoc beneficium competat fidejuſſori pro ſocio. eod.

An competat hæredi ſocii, & illi cujus mandato alter contraxit. 623.

An deducendum ſit priùs æs alienum, ut æſtimentur vires ſocii eod.

An beneficium amittat qui dolo deſiit eſſe ſolvendo. eod.

An ſocius utens hoc beneficio, debeat præſtare cautionem. 624.

Si ex pluribus unus ſolus non eſt conſecutus totum debitum, an poſſit à reliquis proportionale ſupplementum exigere. eod.

621. DICENDUM eſt, Socio convenire beneficium competentiæ, quod eſt ſpeciale privilegium hujus contractûs, & de quo privilegio in genere actum eſt tract. 2. Itaque Socius conventus à ſocio actione *pro Socio*, ſi ob paupertatem non eſt ſolvendo, ſolùm tenetur, quantum poteſt commodè, ſalvo ſuo ſtatu & conditione, juxta Iuris regulam 173. [In condemnatione perſonarum quæ in id quod facere poſſunt, damnantur, non totum quod habent, extorquendum eſt, ſed & ipſarum ratio eſt habenda, ne egeant.] Quòd autem hoc privilegium competat ſocio, habetur in lege 63. *pr. & ſeqq.* §§. *ff. h. t.* ubi etiam ratio aſſignatur. [Verum eſt, quod Sabino videtur, etiamſi non univerſorum bonorum ſocii ſint, ſed unius rei, attamen in id quod facere poſſunt, quodvé dolo malo fecerint, quo minùs poſſint, condemnari oportere. hoc enim ſummam rationem habet: cùm ſocietas jus quodammodo fraternitatis in ſe habeat.]

622. Dubitatum eſt 1. Quod tempus eſſet ſpectandum, ut ſciretur, quantum facere poſſet ſocius. ad hoc reſpondet Vlpianus §. 6. *Tempus autem ſpectamus, quantum facere ſocius poſſit, rei judicandæ.*

Dubitatum eſt 2. An hoc beneficium etiam concedatur fidejuſſori ſocii. Diſtinguit jus inter fidejuſſorem propriè dictum, & eum qui ſine mandato cũ ſatisdatione pro ſocio in judicio poſtulat, eumq; tuetur, vocatúrque *Defenſor*. §. [Videndum eſt, an & fidejuſſori ſocii id præſtari debeat, an verò perſonale beneficium ſit, quod magis verum eſt. Sed ſi hic fidejuſſor quaſi defenſor ſocii judicium ſuſceperit, proderit ſibi: namq; Iulianus ſcripſit defenſorem ſocii in id quod ſocius facere poteſt, condemnari oportere. Idemq; & in patroni defenſore accipere debere ait. Et utique idem erit in univerſis, qui in id quod facere poſſunt, conveniuntur.] Cæterùm, Baldus ad hanc legem notat, quòd fidejuſſor habeat remedium, nempe quòd debeat denuntiare hoc principali, & principalis veniet, & ſuſcipiet defenſionẽ fidejuſſoris, & opponet exceptionem prædictam ex perſona ipſius principalis, licèt fidejuſſor non poſſit: & hoc ideo, quia fidejuſſor haber regreſſum contra principalem, & principalis non gaudet hoc beneficio contra fidejuſſorem: ergo poteſt ſocius opponere ſuum beneficium, quod alioquin redderetur inutile, quia ſtatim poſſet à fidejuſſore conveniri ultra id quod poteſt. Hoc ipſum advertit Bartolus in D. L.

623. Dubitatum eſt. 3. An hoc beneficium competat hæredi ſocii, item illi qui mandavit, ut ſocietatem alter contraheret. ℞. Negativè. §. 2. [Patri autem vel domino ſocii, ſi juſſu eorum ſocietas contracta ſit, non eſſe hanc exceptionem dandam, quia nec hæredi ſocii, cæteriſque ſucceſſoribus hoc præſtabitur: quia nec cæterorum hæredibus ſucceſſoribusve, quos in id quod facere poſſunt, convenimus, idem præſtatur.] Ratio eſt, quia defunctus cenſetur non reliquiſſe plus hæredibus, quàm quæ fuerint reperta deducto univerſim toto ære alieno defuncti.

Dubitatum eſt 4. An deducendum ſit priùs æs alienum, ut æſtimentur vires ſocii. ℞. æs alienum ex ipſa ſocietate debitum aliis, eſſe deducendum, non verò quod aliunde debitum §. 3. [Id quod facere ſocius poteſt, quemadmodum æſtimandum ſit? & placuit, non debere deduci æs alienum, quod debetur à ſocio, niſi fortè ex ipſa ſocietate debeatur.] Ratio eſt, quia ſoli donatori ob exercitam liberalitatem conceditur, ut conventus à donatario, deducto toto ære alieno, adhuc inſuper gaudeat beneficio hoc: ut habetur l. 19. §. 1. [Is quoque qui ex cauſa donationis convenitur, in quantum facere poteſt condemnatur, & quidem is ſolus deducto ære alieno.]

Dubitatum eſt 5. An hoc beneficium amittat, qui dolo deſiit eſſe ſolvendo. ℞. Affirmativè, ob textum relatum pr. hujus legis, tum §. 7. [Hoc quoque facere quis poſſe videtur, quod dolo fecit, quominùs poſſit: nec enim æquum eſt, dolum ſuum quemquam relevare. Si tamen non dolo, ſed culpâ (intellige levi) ſuâ facere poſſe deſiit, dicendum eſt, condemnari eum non debere.]

624. Dubitatum eſt 6. An Socius utens hoc beneficio, debeat præſtare cautionem de integrè ſatisfaciendo, ſi ad pinguiorem fortunam perve-

Digitized by Google

pervenerit. ℞. Non aliam, quàm nudam promiſſionem. §. 4. [Item videndum, an cautio veniat in Iudicium ejus quòd facere Socius non poſſit, ſcilicet nuda promiſſio, quod magis dicendum arbitror.]

Dubitatum eſt 7. Si plures fuerint Socii, & unus ſolus non eſt conſecutus totum debitum, an poſſit à reliquis proportionale ſupplementum exigere. ℞. Affirmativè. §. 5. [Si cùm tres ſocii eſſent, egerit cum uno ex ſociis ſocius, & partem ſuam integram ſit conſecutus, deinde alius ſocius cum eodem agat, & partem conſequi integram non potuerit, quia facere ſolidum non poteſt, an hic qui minus conſecutus eſt, cum eo agere poſſit, qui ſolidum accepit, ad communicandas partes inter eos, id eſt exæquandas: quaſi iniquum ſit, ex eadem Societate alium plus, alium minus conſequi: ſed magis eſt, ut pro ſocio actione conſequi poſſit, ut utriuſque portio exæquetur, quæ ſententia habet æquitatem.]

CONTROVERSIA X.

De Expenſis, & damnis extrahendis, vel refundendis.

SUMMARIUM.

AD quas expenſas concurrant omnes Socii de Iure communi. 625.
An detrahendum ſit, quod Socius domi conſumpſiſſet. eod.
Quæ in itinere conſumpſit, an Socius extrahere poſſit, & quæ. 626.
An, & ea quæ ſine culpa de ſuis amiſit. eod.
An aliquando Socius teneatur ad expenſas ex proprio faciendas, & poſtea in diviſione extrahendas. 627.
An extrahere poſſit illa damna, quæ incurrit occaſione adminiſtrationis, ſed non formaliter vi adminiſtrationis. 628.

QUÆRITUR 1. Ad quas expenſas debeant omnes Socii concurrere de Iure communi, & ſi nihil in ſpecie conventum eſt.

625. DICENDUM 1. Ad eas expenſas omnes concurrere debere, quæ fiunt circa merces ipſas in quibus Societas conſtituta eſt, & circa ipſam perſonam ac famulos ipſius negotiatoris, v. g. conductio tabernæ, navis, coëmptio doliorum, vectura, refectio, &c. hæ inquam expenſæ faciendæ ſunt de bonis Societatis, & primo loco extrahendæ, iiſque deductis extrahendum capitale, & quod reliquum fuerit, erit lucrum dividendum. *l.* 52. §. 15. *ff. h. t.* [Si quis ex Sociis propter Societatem profectus ſit, veluti ad merces emendas, eos duntaxat ſumptus Societati imputabit, qui in eam penſi ſunt. Viatica itaque & meritoriorum, & ſtabulorum, jumentorum, carrulorum vecturas, vel ſui, vel ſarcinarum ſuarum gratiâ, vel mercium rectè imputabit.]

DUBITATUR tamen, an detrahendum ſit illud, quod domi conſumpſiſſet, ſi non fuiſſet ad negotiandum profectus. Affirmant aliqui poſt Baldum. Sed negant Salycerus, Navarrus, & quidam alii, quos ſequitur Molina, quia Iura nullam faciunt limitationem: ſicut econtra ſi domi negotietur, non ſolvuntur illi ex communi expenſæ, quas facit in victu, &c. quia Iura ſolùm loquuntur, quando proficiſcitur ad locum peregrinum ad negotiandum. Lugo diſtinguit inter illum, qui ex contractu tenetur ad operas, & inter illum, qui non tenetur ex contractu, & de priori negat, de poſteriori concedit. Cujus Ratio eſt, quia ille prior alioquin lucrum caperet ex Societate, & ditior fieret in eo, quod domi expendere debuiſſet, & ſic pretium acciperet de novo pro opera & labore ſuo, quem tamen ex vi contractûs conferre debebat, & cui cæteroquin pars lucri communis poſtea reſpondebit. & hoc mihi verius videtur. In his autem conſuetudo maximè attendenda eſt, quæ in quibuſdam locis habet, ut in ſingulos dies aliquid certi deputetur: quare ſi Socius aliquibus comparceret, poſſet illud ſibi retinere, ſicut dicitur de Beneficiatis, quòd ſi ex congrua ſuſtentatione aliquid comparcant, illud accedat bonis patrimonialibus.

626. DICENDUM 2. Quidquid in itinere ad negotiandum inſtituto in Medicos, & pharmaca (non item in convivia cum amicis, niſi & hoc ad negotia perficienda neceſſarium aut utile eſſet) ratione ſiniſtræ valetudinis expenſum eſt, illud quoque extrahendi habet poteſtatem. *l.* 61. *ff. h. t. Secundùm Iulianum tamen, & quod Medicis pro ſe datum eſt, recipere poteſt, quod verum eſt.* Quæ verba cùm ſint generalia, meritò infert Lugo contra Mol. idem dicendum de morbo domi, ſed ex cauſa Societatis contracto.

DICENDUM 3. Si à latronibus ſpolietur, naufragium faciat, & amittat aliqua ſua propria, quæ ad negotiationem perficiendam ſecum tulerat, ea quoque extrahenda ſunt, ſicut & lytrum quod ſolvendum erit, ſi rapiatur, niſi hæc ipſius culpâ levi eveniant. ità *leg.* 52. §. 4. *ff. h. t.* [Quidam ſagariam negotiationem coïerunt, alter ex his ad merces comparandas profectus, in latrones incidit, ſuámque pecuniam perdidit, ſervi ejus vulnerati ſunt, resque proprias perdidit. Julianus dicit damnum eſſe commune, ideoque actione pro ſocio damni dimidiam agnoſcere debere, tam pecuniæ, quàm rerum cæterarum, quas ſecum non tuliſſet ſocius, niſi ad merces communi nomine comparandas proficiſceretur: ſed & ſi quid in Medicos impenſum eſt, pro parte ſocium agnoſcere debere, rectiſſimè Julianus probat: deinde & ſi quid naufragio periit, cùm non aliàs merces, quàm navi ſolerent advehi,

Digitized by Google

hi, damnum ambo ſentient, nam ſicut lucrum, ità damnum quoque commune eſſe oportet, quod NB. non culpâ ſocii contigit.]

627. DUBITATUR: Si ad conſervandas merces, ne pereant, ſive per intrinſecum vitium, ſive ab extrinſeco, adeoque ad commune damnum evitandum neceſſe eſſet expendere aliquid, ſocius autem non habeat pecunias communes, quas poſſit expendere, habeat tamen proprias, quas poſſet quaſi mutuas dare Societati, & ſic indemnem ſervare, ſi id non faciat, & merces pereant, quæritur, inquam, an hoc damnum adhuc ſit commune, vel potiùs ipſe ſolus ſuſtinere debeat. Breviùs: an ad tales expenſas interim ex proprio faciendas (ſed poſtea extrahendas) teneatur ex juſtitia. Negârunt aliqui, arbitrantes, teneri ſolùm ex charitate. Reſpondendum tamen eſt, &

DICENDUM 4. Ad tales expenſas interim ſubminiſtrandas, ſi habet, teneri ex Iuſtitia, adeoque ſi negligat, ad ipſum ſolum damnum pertinere. Ità Molina, Leſſius, Lugo. Probatur. Socius vigore contractûs habet obligationem ad omnia damna cavenda, quæ ſi non cavet, culpæ levis reus eſt, ut præced. controv. dictum eſt: atqui reus eſt culpæ levis, ſi non cavet damnum ſuccurrendo ex propria pecunia, quia paterfamilias quivis communiter ſolet hoc modo operari, & ſi non operetur, negligens eſſe judicatur, & vix ac ne vix quidem à culpa lata excuſabitur, ſi ad cavanda gravia ſuorum bonorum damna non acciperet mutuum, ſi poſſit commodè habere: ergo ſocius tenetur à ſe ipſo cæterorum nomine mutuum accipere, & hoc ex juſtitia. Ergo negligendo committit culpam, ad quam vi contractus præſtandam obligatur.

Quodſi ergo ſocius hoc modo ex propriis damno occurrit, illud quod expendit, extrahit, quodſi non eſſet unde extraheretur, ſi v. g. omnia periiſſent, adhuc haberet actionem negotiorum geſtorum, ut patebit ex dicendis de Contractu Mandati, & Quaſi Contractu negotiorum geſtorum.

628. Dubitari ulteriùs poteſt, an ſocius extrahere poſſit illa damna, quæ incurrit occaſione adminiſtrationis, ſed non formaliter, quia adminiſtravit, & res Societatis egit.

DICENDUM eſt 5. & reſpondendum negativè. in exemplo. Habuit aliquem inimicum, qui ipſum in itinere offendit, & cum eo rixatur, ac vulnerat ex odio præcedente, vel quia in hoſpitio aut itinere per accidens ad iram commotus eſt, cui ſocius nullam cauſam præbuit. Probatur imprimis ex oppoſito. Si occaſione talis itineris incideret in amicum, qui ipſi ex veteri amicitia magnam ſummam donaret, non donaturus, niſi in viâ offendiſſet: item ſi eſſet Cauſidicus, & in via conſultus ab aliquo daret conſilium lucroſum, aut ſi eſſet Medicus, incideret in ægrum cui præſcribendo medicinam magnum acciperet honorarium, omnia hæc illi ſoli cederent; ergo econtrario & damna taliter incurſa ſolus ſuſtinebit. Probari ſolet ratione. Quia Societas non eſt cauſa horum damnorum, ſed mera occaſio. Ità Lugo n. 31. Sed hæc ratio videtur eſſe nimis jejuna. nam etiam dicam, quòd quando ſpoliatur à Latronibus, vel patitur naufragium, vel contrahit morbum ex aliquo cibo noxio ſine culpa, dicam, inquam, quòd Societas ſit tantùm occaſio, & non cauſa: nam ſicut per accidens eſt, quòd incurrat in inimicum, ità per accidens eſt, quòd incurrat in latrones, & in tempeſtatem.

Ratio ergo fundamentalis eſt, quòd ſocii cæteri non tenentur in quæcunque damna fortè incurrenda, & compenſanda conſentire, ſed ſolùm in illa, quorum periculum non rarò imminere ſolet hujuſmodi negotiatoribus, & quæ antecedenter abſque ulla imprudentia poſſunt timeri, & cum veritate dici poſſit, quòd communiter negotiatores ſe talibus periculis exponant, ſicut qui navigat, ſe exponere dicitur periculo naufragii, non item periculo rixarum, quia naufragium habet ex natura rei majorem affinitatem cum navigatione, quàm rixa, & eodem modo negotiatores non dicuntur eſſe imprudenter timidi, quando timent latrones: & tamen ſi communiter timerent occurrentes inimicos, ab omnibus cenſerentur imprudenter timere, ſi priùs nullum fundamentum particulare habuiſſent. Hanc rationem & diſparitatem paucis verbis indicavit P. Molina dicens: [Neque enim ſe exponere dicitur hujuſmodi periculis propter Societatem, ſicut ſe exponere dicitur periculo Latronum, & captivitatis ab hoſtibus Reipublicæ.]

CONTROVERSIA XI.

An Socius obligatus ad operas uni Societati, poſſit cum aliis aliam inire, quæ etiam ejus operam poſtulet.

SUMMARIUM.

AN liceat Socio multiplicare Societatem ſecluſo pacto contrario. 629.

Si contra pactum veniens in pœnam condemnetur, an ſolvere teneatur. 630.

Si damnum per alteram Societatem illatum eſt priori, ad quid teneatur. 631.

CErtum eſt, quòd Socius poſſit ex pacto obligari, ſi ſic expediat, ad non communicandas operas alteri Societati, quod quidem pactum prudenter ſæpiùs initur, ut ſic omnis cura & induſtria viréſque uni Societati impendantur. Quæſtio præſens procedit, ſecluſo tali pacto.

629. DICENDUM 1. Si ſine præjudicio prioris Societatis poteſt ſatisfieri etiam alteri Societati, licet Societatem multiplicare. Declaratur à pari, & ea communi ſenſu hominum in ſimili. Famulus ab uno Domino conductus ad certa ſervitia præſtanda; ſi juxta illa poteſt aliis laboribus aliquid lucrari, nihil agit contra obligationem Domino debitam: ſic videmus milites præſidiarios etiam dum vigiliis occupantur, eodem tempore manualia exercere ad lucrandum, quibus nihil impediuntur ab illis, quæ tanquam à milite exiguntur. Ergo ſi, ut ſupponitur, opera uni Societati præſtanda admittit aliam operam, quâ poſſit alteri ſatisfieri, nihil fiet contra obligationem priori Societati debitam.

Dices: in prima Societate venit in æſtimationem hoc ipſum, quòd ſocius ſe nolit aliis impendere: & intuitu hujus oneris conſequitur proportionalem partẽ lucri. Ergo ſi velit deinde ſe alteri Societati impendere, debet aliquid de conſtituta parte lucri remittere. Reſpondetur negando antecedens. Nam ſi hoc non fuit ſpecialiter expreſſum, ea nullo fundamento deduci poteſt, quòd ſubintelligatur: cur enim ſubintelligeretur, ſi ſociorum nihil intereſt, ſocium potiùs otiari, quàm plus negotiari, atque exigat eorum Societas? hoc ſanè invidiæ labe non careret.

Alia jam quæſtio naſcitur. Si in pactum deductum eſt, ne aliam Societatem inſret, & pactum hoc violatur, ad quid teneatur?

630. DICENDUM 2. Si reverâ ex Societate cum aliis inita, de facto nullum damnũ prioribus ſociis illatum eſt, ſi in judicio conventus ob fidem non ſervatam in aliquam pœnam condemnetur, eam ſolvere tenebitur: item refundere debet illum lucri exceſſum, quem intuitu hujus obligationis conſecutus eſt. Ex lucro tamen in alia Societate quæſito nihil conferre tenetur. Non habet Concluſio opus aliâ probatione, ſed ex generalibus principiis deducitur.

631. DICENDUM 3. Sive fuerit ſive non fuerit in pactum deductum, ne alia Societas iniretur, ſi tamen inita eſt cum damno prioris Societatis, tenetur hoc damnum reſarcire, ſicut etiam lucrum ceſſans. Ratio eſt, quia vi Contractûs tenetur ad hujusmodi damna poſitiva, & negativa cavenda; ergo ſicut ad ea compenſanda teneretur, ſi aliis modis eſſet in cauſa hujusmodi damnorum, v. g. abſumendo pecuniam in conviviis, otiando, &c. ità etiam tenebitur, aliis negotiis ſe nimiùm impendendo, & priorem ſocietatem negligendo; ſicut in famulo conducto, & negligente naſcitur obligatio reſarciendi damnum inde ſecutum.

(o)

CONTROVERSIA XII.

An unus Socius poſſit obligare tam Perſonam, quàm bona alterius Socii, & quid poſſit unus ſine altero in rebus communibus.

SUMMARIUM.

Quandonam omnes obligentur ex mutuo quod unus accepit. 632.
An ſicut Perſonæ, ità & bona Sociorum poſſint obligari. eod.
An Inſtitoris contractibus omnes Socii obligentur. 633.
Inſtitore ab uno ſolo ſuo nomine conſtituto, an ſicut lucrum, ità & damnum ſit commune. eod.
Quid ſi communi nomine conſtitutus eſt, an damnum ſit commune. 634.
Quomodo unus ſocius poſſit rebus communibus uti. eod.
An Ius individuum poſſit ab uno ſine aliis exerceri. 635.

632. DICENDUM 1. Si ſocius accipiat pecuniam mutuam, alii ſocii tunc obligantur, quando illa pecunia in communem Societatis uſum verſa eſt, ſecùs non obligantur. *l.82. ff. h. t. Iure Societatis per Socium ære alieno ſocius non obligatur, niſi in communem arcam pecuniæ verſæ ſunt.* Neque obſtat lex 29. quæ videtur generaliter loqui, ſed eſt intelligenda ſecundùm Concluſionem, dum ait: *Omne æs alienum, quod manente Societate contractum eſt, de communi ſolvendum eſt.* Nam, ut ex ſequentibus verbis apparet, & benè notavit Ant. Faber *lib. 4. C. h. t. def. 3.* Paulus IC. ità ſcripſit ad includendum etiam illud æs alienum, quod unus ex ſociis pendente conditione contraxerit, ſcilicet ex cauſa ſocietatis, non etiam illud, quod unus ex ſociis pro ſuo negotio extra cauſam ſocietatis contraxerit, prout ipſe Paulus in l. 12. ſcribit. *Sed nec æs alienum, niſi quod ex quæſtu pendebit, veniet in rationem Societatis.*

Cæterùm, Concluſio eſt intelligenda de Societate, quæ non ſit univerſalis, ſeu omnium bonorum, ut manifeſtè colligere eſt ex lege 67. §. 1. *ff. eod.* [Si unus ex ſociis, qui non NB. totorum bonorum ſocii erant, communem pecuniam fœneraverit, uſuráſque perceperit, ità demum uſuras partiri debet, ſi ſocietatis nomine fœneraverit: nam ſi ſuo nomine, quoniam NB. ſortis periculum ad eum pertinuerit, uſuras ipſum retinere oportet.]

Ea poſita concluſione infert VVurmſerus contr. 8. cum aliis à ſe citatis, poſſe etiam bona ſociorum obligari eo modo, & in ijs caſibus, quibus perſona obligatur. Ratio eſt, quia actio hypothe-

Digitized by Google

pothecaria eſt acceſſoria obligationis perſonalis, ut ſuperiùs dictum eſt, & ſuo loco dicetur. Ergo ſi ſocio poteſtas eſt obligare perſonam ſocii, quod eſt principale, erit etiam poteſtas obligandi bona illius. Quam tamen conſequentiam non exiſtimo legitimam. quia licèt actio hypothecaria ſit acceſſoria hoc ſenſu, quòd ſupponat obligationem perſonalem, quia tamen habet ſpecialem utilitatem, & infert novum gravamen, poſſet ſanè ſocius conſentire in obligationem perſonalem, & non conſentire in obligationem rerum ſuarum.

633. DICENDUM 2. Quando communi ſociorum conſenſu unus ex illis tanquam Inſtitor negotiationi præpoſitus eſt, ut eam ſolus exerceret & adminiſtraret, hujus contractibus omnes & ſinguli ſocii in ſolidum obligantur. *l. 4. §. 1. ff. de Exercit. act. Sed ſi plures exerceant, unũ autem de numero ſuo Magiſtrum fecerint, hujus nomine in ſolidum poterunt conveniri.* Hoc ipſum procedit etiam, quando ſocii ex omnium conſenſu promiſcuè negotiantur, cujus rei ratio redditur in l. 2. eod. *Ne in plures adverſarios deſtringatur, qui cum uno contraxerit.* Cæterùm, alii ſocii qui non geſſerunt, ſeu immediatè contraxerunt, conveniri non poſſunt, niſi priùs eo qui immediatè contraxit, excuſſo, quod colligunt DD. ex *l. 65. §. 14. h. t.* ubi dicitur: [Si communis pecunia penes aliquem ſociorum ſit, & alicujus ſociorum quid abſit, cum eo ſolo agendum, penes quem ea pecunia ſit, quâ deductâ, de reliquo quod cuique debeatur, omnes agere poſſunt.]

DICENDUM 3. Quando aliquis ex ſociis conſtituit aliquem Inſtitorem (hoc eſt, qui negotiationi præſit) ſi illum non omnium ſociorum nomine conſtituit, nec ad hoc mandatum habuit, etiamſi cæteri ſocii ſciverint eum conſtituiſſe, nec contradixerint, lucrum per talem Inſtitorem quæſitum eſt quidem omnibus commune, ſed non damnum quod per eum datum eſt, hoc enim damnum erit ſolius conſtituentis, qui ſociis de eo tenebitur actione pro ſocio, non ſecùs ac ſi ipſe commiſiſſet. Neque refert, quòd cæteri ſocii non contradixerint: ideo enim cenſentur non contradixiſſe, quia ſupponebant, quòd ſi damnum ſocietati illaturus eſſet, ad conſtituentem pertineret, non ad ſocios. arg. *legis 23. §. 1. ff. h. t.* ubi Pomponius quærit [an commodum quod propter admiſſum ſocium acceſſit, compenſari cum damno, quod culpâ præbuit, debeat? & ait compenſandum, quod non eſt verum (*inquit Vlpianus*) nam & Marcellus ſcribit, ſi ſervus unius ex ſociis ſocietati à Domino præpoſitus negligenter verſatus ſit, Dominum ſocietati qui præpoſuerit præſtaturum, nec compenſandum commodum, quod per ſervum ſocietati acceſſit cum damno.]

634. DICENDUM 4. Illi qui communi nomine aliquem conſtituerunt Inſtitorem, non poſſunt invicem de Inſtitoris facto agere, ſed damnũ ab eo datum illis, qui conſtituerunt, commune eſt. *l. 24. eod.* [Planè, ſi ambo ſocii ſervum alterius præpoſuerunt, non tenebitur Dominus ejus nomine, niſi duntaxat de peculio: commune enim periculum eſſe oportet, cùm ambo eum præponamus.]

DICENDUM 5. Rebus communibus non poteſt unus ſocius altero invito uti, niſi ad eum uſum ad quem ſunt deſtinatæ, v. g. inhabitare domum communem, cædere pro ſe ligna ex ſylva cædua. Ratio eſt, quia hæc videtur eſſe intentio contrahentium.

635. DICENDUM 6. Quando Ius eſt individuum, non poteſt ab uno ſocio ſine altero exerceri in præjudicium ejuſdem, v.g. ſi Iuriſdictio eſt individua, tunc, quando ejus exercitium affert utilitatem v. g. mulctarum, non poteſt ab uno ſine altero, aut ejus conſenſu exerceri, arg. *legis 34. ff. de ſervit. præd. ruſt.* ubi dicitur: *Vnus ex Sociis fundi communis permittendo Ius eſſe ire, agere, nihil agit.* Hinc monet Andreas Gail, & ex eo VVidman, in ejuſmodi caſu ſocios communis territorii caſtri pro indiviſo poſſidentes ſuper Iuriſdictionis exercitio convenire debere, ut ſinguli ſimul, vel alternatim Iuriſdictionem exerceant: quod ſi convenire nequeant, eſſe à Superiore componendos. Iidem AA. advertunt, non poſſe unum ſocium ab altero puniri, ſi unus adversùs alterum delinquat, cùm quo habet caſtrum & Iuriſdictionem communem, ſed Superiorem adeundum eſſe: niſi delicti gravitas tanta eſſet, ut moram non pateretur, v.g. ſeditio, latrocinium. Sed hæc ad noſtrum intentum non pertinent.

CONTROVERSIA XIII.

Quænam Actiones competant Sociis.

SUMMARIUM.

AN Actio pro Socio utrinque directa, detur etiam durante Societate. 636.

An detur omnibus habentibus rem aliquam communem. 637.

An præter hanc actionem detur Sociis etiam alia. 638.

An detur actio legis Aquiliæ, vel Furti. 639.

Cur actio legis Aquiliæ non concurrat cum actione pro Socio. 640.

EX plurimis legibus jam relatis conſtat dari actionem *pro Socio*: quæ actio eſt utrinque directa, quia contra ſe pari Iure gaudent & tenentur, & hoc Iudicium vocatur *Iudicium Societatis.* in quo Iudicio ſi ſocius de dolo convictus fuerit, fit infamis, ut habetur §. 2. *Inſt. de pœna temerè litig.* ibi. [Item pro ſocio, quæ ab utraque parte directa eſt, & ob id quilibet ex ſociis ex eo judicio damnatus ignominiâ notatur.] Cæterùm, jam

jam ſuprà actum eſt de beneficio competentiæ, quod ſocio convenit, ut non poſſit conveniri, niſi quantùm facere poteſt in ſenſu ibi explicato.

636. QUÆRITUR 1. An hæc actio detur etiam durante Societate. ℞. Extare de hoc legis 65. §. decimum quintum, ubi dicitur. [Nonnunquam neceſſarium eſt, & manente Societate agi pro ſocio. veluti cùm ſocietas vectigalium cauſa coïta eſt: propiérque varios Contractus neutri expediat recedere à Societate, nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit.] Regulariter tamen loquendo non inſtituitur hæc actio niſi finitâ Societate, cujus elegantem rationem tradit Baldus. [Quædam, inquit, ſunt actiones, quæ deſiderant contractum finiti, ſicut eſt actio pro ſocio: quia dum ſocii, n... ſſ.ni eſſe adverſarii: Victoria enim non proficeret victori, ſed in Societatem reflecteretur.]

637. QUÆRITUR 2. An hæc actio pro ſocio detur omnibus illis, qui rem aliquam communem habent. ℞. Negativè, non enim datur illis qui abſque contractu ſocietatis in rem communem incidunt, ut habetur lege 31. & 32. *ff. h. t.* [Ut ſit pro ſocio actio, Societatem intercedere oportet. Nec enim ſufficit rem eſſe communem, niſi ſocietas intercedit. Communiter autem res agi poteſt etiam citra ſocietatem; ut puta cùm non affectione ſocietatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata; item ſi à duobus empta res ſit: aut ſi hæreditas vel donatio communiter nobis obvenit: aut ſi à duobus ſeparatim emimus partes eorum, non ſocii futuri. Nam cùm tractatu habito ſocietas coita eſt, pro ſocio actio eſt: cùm ſine tractatu, in reipſa & negotio communiter geſtum videtur.]

638. QUÆRITUR 3. An præter actionem *Pro Socio*, detur ſociis etiam alia actio. ℞. Imprimis datur illis actio *communi dividundo*: nempe ad obtinendam diviſionem commodorum & incommodorum, lucrorum & damnorum: ità tamen ut unâ intentatâ, altera tollatur & perimatur, quatenus ad eundem ſcopum tendunt, ut habetur *l.* 38. §. 1. *ff. h. t.* [Si tecum ſocietas mihi ſit, & res ex ſocietate communes, quam impenſam in eas fecero, quoſve fructus ex his rebus cœperis, vel pro ſocio, vel communi dividundo me conſecuturum, & alterâ actione alteram tolli Proculus ait.]

Dixi: quatenus ad eundem ſcopum tendunt. Nam ſi actioni necdum motæ plus ineſſet, quàm illi quæ mota eſt, illa non tolleretur, & hoc modo intelligenda eſt lex 43. quæ alioquin priori contraria videretur. [Si actum ſit communi dividundo, non tollitur *pro ſocio* actio quoniam *pro ſocio* & nominum rationem habet, & adjudicationem non admittit. Sed ſi poſtea *pro ſocio agatur*, hoc minus ex ea actione conſequitur, quàm ex prima actione conſecutus eſt.] Itaque hæc duo judicia habent ſe ut excedentia & exceſſa. In actione *communi dividundo* tantùm veniunt corporalia, non nomina. In actione pro ſocio non veniunt adjudicationes, cùm per eam non diviſio, ſed communicatio fiat (inquit gloſſa) ſed tantò minus conſequitur per actionem pro ſocio, quantùm plus conſecutus eſt per actionem communi dividundo, ut explicat Vivianus.

639. Tertiò, poteſt ſocius contra ſocium intentare actionem Legis Aquiliæ, ſi res communis à ſocio damnum ex culpa paſſa eſt. Quartò etiam actio furti ſocio adverſùs ſocium competit, ſi manifeſtum ſit, dolo malo rem amotam fuiſſe, vel animo celandi contrectatam: probatióque actori incumbit, alioquin præſumitur, voluiſſe re uti tanquam dominus partialis. Quomodo autem hæ actiones cum actione pro ſocio concurrant, & una alteram tollat vel non tollat, habetur ſequentibus Iuribus. lege 45. ff. h. t. [Rei communis nomine cum ſocio furti agi poteſt, ſi per fallaciam dolové malo amovit, vel rem communem celandi animo contrectet. Sed & pro ſocio actione obſtrictus eſt, nec altera actio alteram tollet. *l.* 47. Sed ſi ex cauſa furtiva condixero, ceſſabit pro ſocio actio, niſi pluris meâ interſit. §. 1. Si damnum in re communi ſocius dedit. Aquiliâ teneri eum & Celſus, & Julianus & Pomponius ſcribunt. *l.* 48. Sed nihilominus pro ſocio tenetur. *l.* 49. Si hoc facto ſocietatem læſit, ſi v. g. negotiatorem ſervum vulneravit, vel occidit. *l.* 50. Sed actione pro ſocio conſequitur, ut alterâ actione contentus eſſe debeat, quia utraque actio ad rei perſecutionem reſpicit: non ut furti, ad pœnam duntaxat.]

640. Verùm, hìc ſtatim objici poteſt, quòd etiam actio ex lege Aquilia ſit pœnalis: ergo idem dicendum eſſet de hac actione, quod de actione furti, nempe ità concurrere cum actione *Pro Socio*, ut una alteram non tollat. Verùm, reſpondetur cum gloſſa negando paritatem, quia actio furti pœnam duntaxat perſequitur, actio ex lege Aquilia etiam rei æſtimationem. Quare ſi priùs lege aquiliâ actum eſt, non erit ampliùs locus actioni pro ſocio. Sed ſi actio pro ſocio priùs fuiſſet intentata, adhuc fore locum actioni ex lege Aquiliâ, quamvis hoc gloſſa videatur negare dum dicit: *ideo poſtea non intenditur.* colligitur tamen ex lege 34. §. *fin. ff. de obl. & act.* ubi comparatur cum actione commodati. [Et hoc in legis aquiliæ actione dicitur, ſi tibi commodavero veſtimenta, & tu ea ruperis: utræque enim actiones rei perſecutionem continent: & quidem poſt legis aquiliæ actionem utique *commodati* finietur. poſt *commodati* an aquilia remanear in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius eſt, dubitatur; ſed verius eſt remanere,

quia

quia ſimplo accedit, & ſimplo ſubducto locum habet.] ubi nota, legi in pluribus exemplaribus: *non habet.* Sed per errorem irrepſit part. *non.* ut ex contextu nimis manifeſtum eſt, & notârunt Cujacius, Hotomannus, Robertus, Mercator, & gloſſa Gotofredi.

CONTROVERSIA XIV.

Quibus Modis Societas diſſolvatur.

§ I.

Primus Modus diſſolvendi mutuo conſenſu expreſſo vel tacito.

SUMMARIUM.

Poteſt ſocietas diſſolvi etiam tacito conſenſu. 641.

Renuntiatio aliis non conſentientibus facta, an renuntianti obſit. 642.

An ſit aliqua exceptio, quâ poſſit renuntiari, quando tempus eſt definitum. eod.

Quæ conditiones obſervandæ ſint renuntianti. 643.

An uno defuncto diſſolvatur ſocietas etiam quoad reliquos. 645.

An ad hæredes tranſeat actio, etiamſi non fiat ſocius. eod.

An duret ſocietas moriente ſocio, ignaris reliquis negotium perficientibus. 646.

Quomodo per mortem finiatur ſocietas circa culturam v. g. vineæ. 647.

An etiam diſſolvatur morte civili. 648.

An rei interitu non ſolùm naturali, ſed etiam civili. 649.

641. Habetur §. 4. Inſt. h. t. [manet autem Societas eouſq; donec in eodem ſenſu perſeveraverint. *&* *l.* 5. *C. h. t.* Tamdiu Societas durat, quamdiu conſenſus partium integer perſeverat.] Non eſt autem neceſſe, hunc mutuum conſenſum eſſe expreſſum, poteſt enim tacitè fieri, & ipſo facto exteriùs manifeſtari, ſicut ſuprà diximus poſſe ſocietatem hujuſmodi tacito conſenſu contrahi, & habetur lege 64. *ff. h. t.* [Itaque cùm ſeparatim ſocii agere cœperint, & unuſquiſque etiam ſibi negotietur, ſine dubio jus Societatis diſſolvitur.]

Ad hunc diſſolvendi modum, ut à ſequente, qui fit per renuntiationem, diſtinguatur, neceſſe eſt, fuiſſe initam ſocietatem cum definitione temporis certi, intra quod non liceat cuivis recedere, benè tamen utriuſque conſenſo, juxta vulgaria, quòd per quas cauſas quid naſcitur, per eaſdem diſſolvatur.

§ II.

Secundus Modus diſſolvendi per Renuntiationem.

642. Hunc modum diſſolvendi ponit Imperator ſtatim ſequentibus verbis. [At cum aliquis renuntiaverit Societati, ſolvitur ſocietas. quod tamen intelligendum eſt, quando ſocietas non fuit inita cum definitione certi temporis.] Unde

QUÆRITUR 1. An ſi ſocius ante tempus præfinitum elapſum aliis non conſentientibus renuntiet, ità non valeat renuntiatio, ut renuntianti nihil obſit. ℞. In tali caſu renuntiatio eatenus nocet renuntianti, quatenus ſuum damnum, non item lucrum illi commune manet ut habetur *l.* 65. *§.* 6. *ff. h. t.* paulò poſt referendo, & conſtabit à fortiori ex dicendis de eo, qui renuntiat aliis abſentibus in caſu nullius temporis definiti, & quando quivis renuntiare poteſt.

QUÆRITUR 2. An nulla ſit exceptio, quâ poſſit quis renuntiare validè etiam quando tempus eſt definitum. Reſpondetur, enumerari in Iure quatuor hujuſmodi exceptiones, & eventus. Primus, ſi à reliquis ſociis conditiones & pacta conventa non ſerventur. Secundus. Si injuriam aut nocumentum à ſociis patiatur, quod prudentis arbitrio ferendum non ſit. Tertius. Si deſinat eſſe ſpes obtinendi finem principaliter per contractum ſocietatis intentum. Quartus. Si ad renuntiandum inducatur invitus, propter abſentiam Reipublicæ causâ ſubeundam, neque commodè poſſet aliis ſociis aut alteri tertio curam committere. Habentur hæc ſeqq. juribus. *l.* 14. 15. *&* 16. *ff. h. t. l.* 14. [Si convenerit inter ſocios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur conveniſſe, ne à ſocietate abeatur: quid tamen ſi hoc convenit, *ne abeatur*? an valet? eleganter Pomponius ſcripſit, fruſtra hoc convenire, nam & ſi non convenit, ſi tamen intempeſtivè renuntietur ſocietati, eſſe pro ſocio actionem. Sed NB. etſi convenit, *ne intra certum tempus ſocietate abeatur*: & ante tempus renuntietur, poteſt rationem habere renuntiatio: nec tenebitur pro ſocio, qui ideo renuntiavit, quia conditio quædam, quâ ſocietas erat coita, ei non præſtatur: aut quid ſi ità injurioſus & damnoſus ſocius ſit, ut non expediat eum pati? *l.* 15. Vel quòd eâ re frui non liceat, cujus gratiâ negotiatio ſuſcepta ſit. *l.* 16. idemque erit dicendum, ſi ſocius renuntiaverit ſocietati, qui reipublicæ causâ diu & invitus ſit abfuturus: quamvis nonnunquam ei objici poſſit, quia potuit & per alium ſocietatem adminiſtrare, vel ſocio committere, ſed hoc non aliàs, niſi valdè ſit idoneus ſocius, aut facilis abfuturo etiam

per alium ſocietatis adminiſtratio.] Et *l. 65. §. 6.* [Item qui ſocietatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando ſocium à ſe, non ſe à ſocio liberat. Itaque ſi quid compendii poſtea factum erit, ejus partem non fert: at ſi diſpendium, æquè præſtabit portionem, niſi NB. renuntiatio ex neceſſitate quadam facta ſit.]

643. QUÆRITUR. 3. Quæ conditiones obſervandæ ſint renuntianti. ℞. Prima conditio eſt, ut renuntiationem inſinuet omnibus ſociis: ante quorum notitiam ſi renuntiaverit, renuntiatio non ſolùm illi non prodeſt, verùm etiam obeſt, eo modo quo habetur in *l. 17. §. 1. ff. h. t.* [Si abſenti renuntiata Societas ſit, quoad is ſcierit, quod is acquiſivit, qui renuntiavit, in commune redigi: detrimentum autem ſolius ejus eſſe, qui renuntiaverit: Sed quod abſens acquiſivit, ad ſolum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune eſſe.] Ratio ſecundùm P. Molinam eſt, quoniam integrum eſt abſenti, quando renuntiationem agnoverit ratam illam habere, ut ipſe particeps non ſit damni: aut ſi nullum ſit damnum, vel damnum à lucro excedatur, ratam eam non habere, ut uſque ad illud tempus participet lucrum cum eo, qui ſocietati renuntiavit. hanc rationem dicit Molina eſſe Bartoli, in quo tamen eam non invenio, & videtur eſſe petitio principii: Aliam rationem lego in Bartolo, quam refert & approbat Baldus, nempe quare ſocius abſens non debeat communicare lucrum factum cum renuntiante. Rationem, inquam, dant hanc. quia abſens gerit negotia non ſocietatis, quia ſocietas jam eſt finita quoad renuntiantem, & ideo lucrum factum per abſentem non debet ei communicari: ſed ſi abſens hoc ſciret, & negotium nomine communi gereret, licèt illud lucrum per actionem pro ſocio non teneretur communicare, quia ſocietas eſt finita, teneretur tamen communicare per actionem negotiorum geſtorum, eo quia renuntiavit ratum habenti. ità Baldus.

Secunda conditio eſt, ut renuntiatio fiat tempeſtivè, non ſolùm hoc ſenſu (ut multi exponunt) ne fiat ante tempus elapſum (loquimur enim de caſu quo nullum tempus eſt præfixum) ſed etiam ità, ut renuntiatio non ſit in damnum ſocietatis quoad negotia jam inchoata: unde negotia cœpta tenetur abſolvere, & exſpectare donec ab aliis abſolvantur: item ſi merces coëmptæ, v. g. triticum, non poſſunt nunc cum lucro divendi, expectandum eſt, donec tempus opportunum veniat. Et ità intelligendus eſt textus in *l. 17. §. 2. ff. h. t.* [In ſocietate autem coëundâ nihil attinet de renuntiatione cavere eundem, quia ipſo jure ſocietatis intempeſtiva renuntiatio in æſtimationem venit.]

644. Tertia conditio eſt, ut ſine dolo fiat renuntiatio. §. 5. *Inſt. h. t.* [Sed planè ſi quis callidè in hoc renuntiaverit Societati, ut obveniens aliquod lucrum ſolus habeat, veluti ſi totorum bonorum ſocius cum aliquo hæres eſſet relictus, in hoc renuntiaverit ſocietati, ut hæreditatem ſolus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare.] Aliud exemplum doloſæ renuntiationis habetur lege 65. §. 4. [Item ſi ſocietatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde ſolus volueris eam emere, ideòque renuntiaveris ſocietati, ut ſolus emeres, teneberis, quanti intereſt meâ. Sed ſi ideo renuntiaveris, quia emptio tibi diſplicebat, non teneberis quamvis ego emero, quia hîc nulla fraus eſt.] In his ergo caſibus renuntiatio hoc operaretur, ut ſi v. g. ex hæreditate damnum eveniret, ad renuntiantem ſolum ſpectaret, ſi emolumentum, id eſſet commune.

§. III.

Tertius modus finiendi Societatem per mortem naturalem.

645. SI vel unus ſociorum moriatur, per ſe & regulariter loquendo finitur ſocietas, non ſolùm quoad defunctum (ad cujus hæredes non tranſit, ut pono, & poſtea tractabitur) ſed etiam quoad reliquos ſocios inter ſe, niſi ab initio ità conventum fuiſſet, ut uno vel pluribus defunctis adhoc inter cæteros duraret Societas, perinde ac ſi de novo contracta eſſet. §. 5. *I. h. t.* [Solvitur adhuc Societas etiam morte ſocii, quia qui ſocietatem contrahit, certam perſonam ſibi eligit: ſed & ſi conſenſu plurium ſocietas contracta ſit, morte unius ſocii ſolvitur, etſi plures ſuperſint, niſi in coëunda ſocietate aliter convenerit.] iiſdem verbis *l. 65. §. 9. ff. h. t.*

Quamvis autem hæres defuncti non fiat ſocius, nec reliqui inter ſe maneant ſocii, quia tamen omnia jura & actiones tam activè quàm paſſivè tranſeunt ad hæredes, ideò & hæres cæteris ſociis, & ſocii hæredi tenentur, omnibus modis quibus illis defunctus & illi defuncto tenerentur, ſi ſuperviveret, & ſocietas alio modo diſſoluta eſſet. Hinc culpam à defuncto commiſſam præſtare, negotia non ampliùs integra abſolvere, reſtituere quæ habet de ſocietate, reddere rationem de geſtis à defuncto: & econtra ſimiliter illi qui ſocii erant tenentur. Non tamen tenentur ſocietatem renovare, nec negotia necdum cœpta perficere, ut habetur *l. 21. §. ff. de negotiis geſtis.* [Si vivo Titio negotia ejus adminiſtrare cœpi, intermittere mortuo eo non debeo: nova tamen inchoare neceſſe mihi non eſt, vetera explicare, ac conſervare neceſſarium eſt: ut accidit, NB. cùm alter ex Sociis mortuus eſt: nam quæcunque prioris negotii explicandi causâ geruntur, nihilum refert, quo tempore conſummentur, ſed quo tempore inchoarentur.] De

culpa

Digitized by Google

culpa præſtanda habetur lege 55. & ſeq. ff. h. t. ibi. [In hæredem autem ſocii proponitur actio, ut bonam fidem præſtet: & acti etiam culpam, quam is præſtaret, in cujus locum ſucceſſit, licèt ſocius non ſit.] Quoàd negotia cæpta habetur l. 40. *eod.* [Hæres ſocii, quamvis ſocii, quamvis ſocius non eſt, tamen ea quæ per defunctum inchoata ſunt, per hæredem explicari debent, in quibus dolus ejus admitti poteſt] Quòd obligatio ſit reciproca, exprimitur *l. 65. §. 9. ff. h. t.* ibi. [Sed quod ex re communi poſtea quæſitum eſt, item dolus & culpa in eo quod ex ante geſto pendet, tam ab hærede, quàm hæredi præſtandum eſt.]

646. Quæres: Si res quoad aliquod negotium eſt integra, quando ſocius moritur, ſed mors à reliquis ſociis negotium perficientibus ignoratur, an perduret Societas. ℞. De hoc exſtat textus notabilis in lege 65. §. 10. *ff. h. t.* [Item ſi alicujus rei ſocietas ſit, & finis negotio impoſitus, finitur ſocietas: quod ſi integris omnibus manentibus alter deceſſerit: deinde tunc ſequatur res de qua ſocietatem cojerunt, tunc eâdem diſtinctione utemur, quâ in mandato, ut ſiquidem ignota fuerit mors alterius, valeat Societas, ſi nota, non valeat] quem textum ità interpretatur P. Molina. Si mortuo uno ex ſociis, per aliquem aliorum ſociorum aliquid cæptum eſt, ignorando mortem conſocii, tunc quoad illud non eſſe intelligendam diſſolutam ſocietatem, ſed continuandam eſſe quoad id per hæredem, quouſque finiatur: ſecùs autèm ſi cognitâ morte conſocij fuit cœptum. Sicut etiam quamvis mandatum morte mandantis exſpiret, ſi tamen à mandatario ignorante mandantis mortem ſit aliquid actum, valet, ut ſeq. cap. dicetur.

647. Quæri hìc poſſet, quomodo per mortem finiatur ſocietas inita circa culturam alicujus vineæ, agri, &c. & quidem ad plures annos, ità tamen ut non habeat naturam emphyteuſis, nec locationis. ℞. Si res eſt adhuc integra, finietur ſtatim unius morte. Sin verò jam cultura cæpta notabiliter eſt, tunc pro illo anno tranſibit ad hæredes, argumento deducto ex lege 13. §. 11. *ff. Locati.* ſuprà adducta, ex qua colligitur, quod quando ex tacito conſenſu continuatus eſt contractus, cenſeatur continuatus pro anno integro.

§. IV.

Reliqui modi ſolvendi Societatem, ut, morte civili, bonorum confiſcatione, ceſſione, egeſtate, rei interitu, conſecratione, negotii abſolutione.

648. SIcut morte naturali, ità etiam morte civili, maximâ & mediâ capitis diminutione ſolvitur ſocietas. Ità habet ſummarium in corpore gloſſato in §. *Morte. l. 65.* & lege 63. §. pen. ff. h. t. ibi. *intereunt autem homines quidem maximà & mediâ capitis diminutione.* & tradit Mynſinger in §. 5. *Inſt. hoc titulo.* colligitúrque ex dictis de uſufructu quomodo morte civili finiatur, & ratio eſt, quia quoad commercia cum aliis cenſetur eſſe mortuus: neque intentio ſociorum in ipſa ſocietatis celebratione ad talem caſum ſe extendit, nec rationabiliter extendere potuit, quandoquidem finis ſocietatis redditur moraliter impoſſibilis.

De bonorum confiſcatione & publicatione legibus expreſſum habetur. §. 7. *I. h. t.* [Publicatione quoque diſtrahi ſocietatem manifeſtum eſt, ſcilicet ſi univerſa bona ſocii publicentur, nam cùm in ejus locum alius (*Nempe Fiſcus*) ſuccedat, pro mortuo habetur.] & lege 65. cit. §. 12. iiſdem verbis habetur.

Objici tamen poſſet. quia deportatus etſi patiatur mediam capitis diminutionem, poteſt tamen ſocietatem contrahere cum illis, qui ejus conditionem ſciunt: neque enim prohibentur celebrare contractus juris gentium, qualis etiam eſt contractus ſocietatis: ergo poterit etiam in ſocietate permanere, ſi capitis diminutio ſocietati jam contractæ ſuperveniat. faciliùs enim res conſervatur, quàm primò producitur.

Ob hanc objectionem exiſtimo, ſententiam aſſerentem, & jura aſſerentia, quòd ſocietas diſſolvatur mediâ capitis diminutione, fundari in præſumptione, quòd nempe intentio contrahentium non fuerit extenſa ad talem caſum, ſicut cenſeretur non extendi, ſi ab ignorante conditionem celebraretur ſocietas. Vnde ſi præviſo forte periculo expreſſè extenderetur Societas etiam ad talem eventum, non dubito pactum validurum.

649. Huc etiam pertinet diſſolutio ſocietatis per interitum rei in qua conſtituta eſt ſocietas, & ſive interitus ſit naturalis ſive civilis, nempe ſi uſui publico, vel ſacro deſtinetur. item ſi negotium fuerit finitum in quo eſt contracta ſocietas. Item ceſſione bonorum: imò & egeſtate. Ità habetur ſeqq. juribus *l. 63. §. 10. ff. h. t.* [Societas ſolvitur ex perſonis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideòque ſive homines, ſive res, ſive voluntas, ſive actio interierit, diſtrahi videtur ſocietas. Res verò cùm & nullæ relinquantur, aut conditionem mutaverint: neque enim ejus rei quæ jam nulla ſit, quiſquam ſocius eſt: neque ejus quæ conſecrata, publicatavè ſit.] Et. §. 6. *I. h. t.* [Item, ſi alicujus rei contractu ſocietas ſit, & finis negotio impoſitus eſt, finitur ſocietas. Et l. 65. §. 10. Item ſi alicujus rei ſocietas ſit, & finis negotio impoſitus.] & §. 8. Inſt. h. t. [Item ſi quis ex ſociis mole debiti prægravatus bonis ſuis ceſſerit, & ideo propter publica aut privata debita ſubſtantia ejus veniat, ſolvitur ſocietas. Sed hoc caſu ſi adhuc conſentiunt in ſocietatem, nova videtur incipere ſocietas.] & hoc, niſi fallor, etiam de

media

Digitized by Google

media capitis deminutione dici poſſet. De e-
geſtate habetur *l. 4. §. 1. ff. h. t.* ex quo inferunt DD. quòd etiam diſſolveretur decoctione tantâ, ob quam Iudex poſſet arbitrari, eſſe diſſolvendam ſocietatem.

CONTROVERSIA XV.

An Societas aliquando tranſeat ad Hæredes.

SUMMARIUM.

An pacto conſtitui poſſit, ut ſocietas ad hæredes tranſeat. 650.

An hujuſmodi pactum poſſet juramento firmari. 651.

An hæres poſſit tacito conſenſu novam ſocietatem contrahere. 652.

Quid ſi ſocietas eſt circa vectigalia, an pactum ſuſtineatur, ut tranſeat ad hæredes. 653.

An ſocius poſſit obligare hæredem ad continuandam ſocietatem. 654.

QUòd regulariter loquendo ſocietas ad hæredes non tranſeat, nec in illis continuetur vi præcedentis contractûs, habetur pluribus juribus jam ſuprà adductis, & hoc ſibi vult etiam lex 70. dicens; *Nulla Societatis in æternum coitio eſt.*

650. Dubium eſt, an ſaltem pacto poſſet conſtitui, ut ad hæredes tranſiret. Ratio dubitandi eſt, quia, ut ſuprà vidimus, poteſt pactum fieri, ut poſt mortem unius ſocii cæteri ſocii maneant, cur non ergo pariter conveniri poſſet, ut hæres ſocii defuncti ſocius fieret?

DICENDUM tamen eſt 1. Cum communi Interpretum, & reſpondendum negativè. Ità habetur *l. 35. ff. h. t.* [Nemo poteſt ſocietatem hæredi ſuo ſic parere, ut ipſe hæres ſocius ſit. *& magis diſertè l. 59. pr. eod.* Adeo morte ſocii ſolvitur ſocietas, ut nec ab initio paciſci poſſimus, ut hæres etiam ſuccedat ſocietati.] Et ſanè hoc rationi eſt conſentaneum. Nam in contrahenda ſocietate maximè eſt attendenda induſtria perſonæ, & indoles: atqui futuri hæredis induſtria & indoles communiter non eſt perſpecta, cùm ne quidem de perſona hæredis conſtet. Et hinc patet, quid ad rationem dubitandi reſpondendum ſit, nam cæteri ſocii jam ſemel ſunt electi: ergo non eſt paritas.

Neque rationi adductæ ſatis occurreretur, ſi ſocius nominaret hæredem perſonam perſpectam & notam: ſic enim ſibi adimeret libertatem mutandi hæredem, quod etiam inconveniens eſt.

651. Diſſentiunt tamen valdè interpretes & ICti, utrum hujuſmodi pactum à Iure reprobatum poſſet juramento firmari. multi affirmant, plures negant, quos refert & ſequitur VVurmſerus, ex eo fundamento, quòd communio diſcordias parere ſoleat, præſertim ſi quis vel invitus in communione vel ſocietate ſuccedere, vel ab invitis in eam recipi deberet, quas præcaveri & tolli Reipublicæ intereſſe videtur. Iuramentum autem non obligat in præjudicium Reipublicæ. Hæc tamen ratio mihi infirma videtur, nec enim hæres penitus invitus efficitur ſocius, quia poteſt ab hæreditate abſtinere: neque ſocii penitus inviti eum admitterent, quia ab initio liberè conſenſarunt. Itaque hæc quæſtio pendet ex illis, quæ dicta ſunt tractatu octavo de Contractibus in genere, an & quando juramento firmentur.

Breviter cenſeo tali juramento contractum firmari, prout etiam ſentit Pater Molina n. 6. & ex juriſtis noviſſimè tenet VVidman n. 58.

Ad fundamentum adverſariorum reſpondetur, negando, quòd juramentum det anſam delinquendi: nam utique ſocii poſſunt amicè in ſocietate vivere: quòd autem diſcordiæ naſcantur, non provenit ex juramento, cùm etiam abſque juramento naſcantur. Incertitudo futuri hæredis non probat quòd tale pactum ſit illicitum ex natura rei: ergo nec probat, quòd juramento firmari non poſſit. Antecedens probo: alioquin nec ſocietas vectigalium poſſet ad hæredem tranſire, cujus oppoſitum eſt in jure cantum, ut dicetur. Deinde contra ſocium inutilem dantur ſociis remedia, de quibus ſuprà actum eſt.

652. DICENDUM 2. *Si hæres defuncti conveniat cum aliis ſociis, ut continuetur ſocietas, tunc cenſatur de novo inita ſocietas*, & hoc vult lex 37. ff. h. t. [Planè ſi hi, qui ſociis hæredes extiterint, animum injerint ſocietatis, in ea hæreditate novo conſenſu, quod poſtea geſſerit, efficitur ut in *pro ſocio* actionem deducatur.] Sufficeret autem conſenſus tacitus ſuprà explicatus, ubi ex Iure probatum eſt, poſſe tacito conſenſu ſocietatem iniri. Ulteriùs arbitror ſuffecturum etiam conſenſum conditionatum antecedentem ipſam mortem ſocii cujus eſt hæres, ſi quis cum ſociis conveniret, ut caſu quo eſſet hæres ſocii defuncti, vellet cum illis ſocietatem continuare. Quòd ſi ſocii in tale pactum conditionatum conſentirent, eveniente conditione (quam tenerentur exſpectare) abſque alio novo conſenſu convaleſceret ſocietas, ut conſtat ex illis quæ de contractibus ſub conditione initis dixi tract. octavo, & colligitur ex *l. 4. ff. de condit. Inſt.* paulò poſt referenda.

653. DICENDUM 3. Quando ſocietas eſt conſtituta circa vectigalia, aut alias res publicas conductas, tunc adjectum tale pactum ut ad hæredes tranſeat, ob favorem Reipublicæ ſuſtinetur, ità ut quidquid commodi vel damni

poſt

poſt mortem ſocii evenerit, hæredi ſit commune, ſi tamen hæres ſit perſona idonea. Ità habetur *l. 59. ff. h. t. ibi.* [In ſocietate vectigalium nihilominus manet ſocietas & poſt mortem alicujus: ſed ità demum, ſi pars defuncti ad perſonam hæredis ejus adſcripta ſit, ut hæredi quoque oporteat conferri: quod ipſum ex cauſa æſtimandum eſt: quid enim ſi is mortuus ſit, propter cujus operam maximè ſocietas coita ſit, aut ſine quo ſocietas adminiſtrari non poſſit?] Voluerunt itaque Iura, ob bonum publicum, ejuſmodi ſocietates poſtquam ſemel contractæ ſunt cum pacto, ut ad hæredes tranſirent, in hæredibus continuari, quia expedit bono publico, vectigalia manere conducta. Aliam rationem aſſignat Gratianus, & ex eo VVurmſerus, quòd tales ſocietates, poſtquam ſunt contractæ, ſint neceſſariæ, & non pendeant à libera voluntate, ideoque ad hæredes tranſeant. Verùm, hæc ratio non eſt ratio. Quæro enim, unde proveniat neceſſitas iſta? vel à pacto, vel à lege? ſi dicant, à pacto? cur ergo non etiam ex tali pacto redduntur neceſſariæ ſocietates privatæ? nunquid lex utrobique poterat pactum irritum reddere? ratio ergo ulterior deſideratur, cur in ſocietatibus privatis, & non etiam in publicis irritaverit? an ex lege? atqui ſic eſſent hæ ſocietates perpetuæ, etiam nullo pacto adjecto, quod falſum eſt.

654. DICENDUM 4. Quamvis, ut dictum eſt, non poſſit ſocius, hæredem ſuum ità facere ſocium, ut reliqui ſocii teneantur illum admittere in ſocietatem, poteſt tamen hæredem obligare, ut, ſi ſocii velint cum ipſo ſocietatem continuare, teneatur conſentire. Ità colligo ex lege 4. *pr. ff. de condit. Inſtit.* [Si qui ità ſint inſtituti: *Si ſocii unà bonorum ſuorum permanſerint, uſque ad annos ſedecim, hæredes ſunto*: inutilem eſſe inſtitutionem, ſecundùm verborum ſignificationem Marcellus ait: Iulianus autem, quotidiam & ante habitam hæreditatem iniri ſocietas poteſt, quaſi rei futuræ valere inſtitutionem, quod eſt verum.] Itaque ad certum tempus poſſunt hæredes obligari ad ſocietatem etiam inter ſe conſtituendam, ſed non in perpetuum. *l. 14. §. 2. ff. comm. divid.* [Si conveniat, ne omnino diviſio fiat, hujuſmodi pactum nullas vires habere manifeſtiſſimum eſt. Sin autem intra certum tempus, quod etiam ipſius rei qualitati prodeſt, valet:]

Gratianus & VVurmſerus exiſtimant, quòd ſi ab initio ſocietati accedat contractus locationis, tunc etiam ſocietas ad hæredes tranſeat, eò quòd locatio tranſeat, ut ſuo loco dictum & probatum eſt ex lege 10. ff. C. *de locato.* Hoc tamen ad ſummum verum eſſe exiſtimo, ſi locatio non poſſit à ſocietate ſeparari, quod tamen rarò continget.

CAPUT VI.

DE CONTRACTU MANDATI.

CONTROVERSIA I.

Quid ſit MANDATI Contractus.

SUMMARIUM.

DEfinitio Mandati ſecundùm antiquos gloſſatores. 655.
Accuratior definitio Recentiorum. eod.
An pro genere rectè ponatur Contractus. 656.
Quo ſenſu ſit bonæ fidei Contractus. 657.
Quomodo ſolo conſenſu perficiatur. eod.
An obligatio hujus Contractûs naſcatur antecedenter ad omnem actum mandatarii. 658.
Intellectus legis 59. ff. de acquir. rer. dom. 659.

655. ANtiqui Gloſſatores & Interpretes definiunt Mandatum, quòd ſit Contractus, quo quis officium honeſtum, & lege permiſſum, gratuitò, expreſsè vel tacitè ſuſcipit exequendum. Ità Azo, Accurſius, Bartolus, & Baldus, & alii in Rubr. *Mandati.* Quomodo ſingulæ particulæ verificentur, ex ſequentibus Controverſiis innoteſcet.

Recentiores accuratiùs definiunt, quòd ſit: Contractus Iurisgentium, nominatus, bonæ fidei, ſolo conſenſu initus, quo negotium aliquod gratis efficiendum voluntariè ſuſcipienti committitur. Ità Harpprecht, ſed quia, ut dicemus, poteſt iſte Contractus initi abſque eo, quòd negotium ab uno alteri expreſsè committatur, dummodò in præſentia ipſius abſque contradictione aliquid fiat, ideo non malè addunt alii hæc verba. *Expreſsè vel tacitè.* ſive, (ut P. Molina) *formaliter vel virtute.*

Qui committit alteri negotium, vocatur *Mandator*, quandoque etiam *Dominus.* Qui recipit, ſeu ſuſcipit Mandatum, *Mandatarius, Procurator.* quodſi accipit Mandatum ab aliqua communitate, aut Collegio, Republica, aut Civitate, vocatur *Syndicus.*

656. Quæſtio eſt inter Iureconſultos, utrum pro genere rectè ponatur *Contractus.* Nam Nicolaus Mozzius, poſt antiquos aliquos, exiſtimat pro genere eſſe ponendum: *Officium.* Fundamentum eſt, quia dicitur Mandatarius fungi officio. Sed hoc fundamentum leve eſt, nam officium quo fungitur, aliud non eſt, quàm actio ad quã ſe obligavit per contractũ Mandati, ſicut Negotiatio eſt id ad quod ſe ſocius obligavit per contractum Societatis, vel Conductionis, &c. Eſt ergo effectus ipſius Contractûs ſeu Mandati, & non genus: ſive; eſt terminus ad quem explicatur Mandatum, & non pars conſtitutiva illius.

657. Contra id quod in definitione ponitur eſſe *Bonæ fidei*, poſſet objici 1. Nam potiùs videri poſſet eſſe ſtricti Iuris, quatenus Mandatarius non poteſt, ne quidem bonâ fide fines mandati excedere, ut infrà dicetur. ℞. Eſſe diſtinguendum inter ea quæ cadunt expreſsè ſub executionem mandati, & inter ea, quæ mandatarius mandatori, & mandator mandatario ex æquo & bono præſtare debet, etiamſi non fuerit de illis expreſsè mentio facta: & ratione horum poſteriorum dicitur contractus eſſe bonæ fidei: exemplum eſt in lege 20. §. 1. C. h. t. *Quodſi gratuitum mandatum ſuſcepiſti, ſecundùm bonam fidem ſumptus rectè poſtulas.*

Contra id verò quod dicitur ſolo conſenſu perfici, objici poteſt. 2. Quamdiu res eſt integra, hoc eſt, quamdiu mandatarius nihil eorum egit, quæ ipſi commiſſa ſunt, tamdiu poteſt absque ulla injuria tam ipſe quàm mandans pœnitere, ut poſtea dicetur. atqui ſic nulla nata eſt obligatio ex ſolo conſenſu, ſed naſcitur primùm ex facto: ergo contractus mandati potiùs eſt dicendus *re*, quàm conſenſu perfici. Reſpondent

ali-

Digitized by Google

aliqui inter quos VVidman n. 2. contrahentes, etiam re adhuc integrâ, obligari ſub conditione hac: *ſi videlicet mandans non revocaverit mandatum, aut ei mandatarius renuntiaverit.*

Verùm, contra hanc reſponſionem facilè urgeri poteſt. Nam per hoc ſolùm defenditur, (ſi tamen defenditur) quòd naſcatur ex conſenſu obligatio conditionata, quæ tamen maneat ſuſpenſa, nec tranſeat in abſolutam, donec ponatur executio. Ergo per ipſam executionem tranſit in abſolutam. Ergo in ratione obligationis abſolutæ completur ultimò executione, ſicut Commodatum, Mutuum, &c. traditione: ergo ſicut iſti contractus re perfici dicuntur, ità & contractus *Mandati.*

Confirmatur. nam in terminis repugnat, dari obligationem ex juſtitia commutativa ſub hac conditione: *ſi ego voluero: ſive: niſi noluero eſſe obligatus.* Nam ut apud omnes certum eſt, & fusè declaravi initio Tractatûs 2. agens de natura Iuſtitiæ commutativæ, ut differt ab aliis virtutibus, Iuſtitia Commutativa reſpicit tanquã menſuram adæquatam voluntatem alterius in ſuum placitum obligantis, & ab hac alterius voluntate unicè pẽdet, nec eſt in poteſtate obligati, ſe ab hac obligatione pro libitu liberare, præcisè nolendo eſſe obligatum. Hinc etiam tradunt DD. neminem poſſe propriè ſuis legibus obligari, quia inanis eſt obligatio, cujus ſolutio eſt in obligati voluntate.

Ad objectionem aliter reſpondere quis fortè poſſet, dicendo, quòd ex conſenſu ſolo, re adhuc integrâ, naſcatur obligatio disjunctiva, ſeu ad aliquod disjunctũ, nempe vel ad executionem rei mandatæ, vel ad ponendam exteriorem manifeſtationem, eámque notificandam mandanti, (vel econtra mandatario) animi revocati ſeu mutati. Verùm, nec hæc reſponſio mihi penitus placet: quia ea communi omnium ſenſu contractus iſte parit obligationem ad aliquid determinatum, nempe ad præſtandum & exequendum negotium promiſſum. Itaque

658. Reſpondeo, obligationem hujus contractûs naſci antecedenter ad omne factum, quia etiam primum factum jam procedit ex hoc contractu, & eſt objectum illius, adeoque jam procedit ex obligatione: & mandans poſſet convenire mandatarium, ſi illud factum non poſuiſſet, tunc cùm negotium urgeret, neque antè revocâſſet. Deinde dico, hanc obligationem non naſci ex conſenſu ſolo ſecundùm entitatem phyſicam ſpectato, hoc eſt, ex illo actu voluntatis, qui dicitur conſenſus exteriùs manifeſtatus; ſed naſci ex illo actu cum negatione revocationis intimatæ. Hæc negatio non eſt aliquod factum, ut conſtat, ſed eſt intermiſſio ſigni externi, quo revocatio interna manifeſtatur. Quando ergo ponitur prima executio, hæc dicitur fieri ex obligatione, quia pro priori ſigno naturæ fuit poſitus conſenſus habitualiter durans per ipſam *non-revocationem*, per quam completur obligatio: itaq; mandatarius imperat ſibi actum executionis, v.g. emptionem frumenti, eliciendo talem voluntatis actum. Quia cum Petro contraxi, illique promiſi me gratis illi empturum frumentum, & ille hoc mihi mandavit, & nec ille, nec ego hanc voluntatem revocavimus, adeoque ſum jam obligatus emere (pono eſſe tempus quo mandatum urget) ideo emo illius nomine. Itaque negatio revocationis complet motivum, & cauſam emendi, ſicut negatio pœnitentiæ in peccatore complet motivum damnationis: non enim damnatur homo propter peccatum præcisè, ſed propter peccatum cum negatione pœnitentiæ juſtificativæ. Adhuc expeditiùs quis reſponderet objectioni, amplectendo ſententiam illorum, qui tenent, nunquam valere renuntiationem, niſi facta ſit ex juſta cauſa. Vnde conſequens eſt, quòd ſtatim naſcatur obligatio exequendi, niſi emergat juſta cauſa renuntiandi, v. g. inimicitiæ, &c. ſed de hoc infrà contr. 10.

659. Objici contra idipſum poſſet 3. Ex *lege 59 ff. de acquirendo rerum dominio*, ubi dicitur, rem mandato meo emptam, non antè fieri meã, *quàm ſi mihi tradiderit eam, qui emit.* Ergo mandati obligatio per traditionem habetur. ℞. Negando conſequentiam: obligatio enim mandati eſt ad ipſam emptionem, & denique ad tradendum; ipſa autem traditio non complet obligationem, ſicut traditio commodati, depoſiti, &c. complet obligationem in commodatario, depoſitario. nam hæc traditio non procedit ex ipſo contractu commodati, ſicut emptio procedit ex præcedente contractu mandati, & negatione revocationis, ut in præcedente objectione declaratum eſt.

Objiciunt hîc aliqui 4. Mandati Contractus fieri non poteſt, niſi vel per verba, vel per ſcripturam. Ergo vel eſt reducendus ad Contractus, qui verbis perficiuntur, vel ſcripturâ. Miror hanc objectionem hîc fieri, cùm æquè fieri poſſet contra emptionem, locationem, Societatem, nam nec hi contractus fieri poſſunt niſi vel verbis, vel ſcripturâ, vel facto aliquo quod ſit loco verborum.

Ad objectionem reſpondet VVidman, negando conſequentiam, quia verba, vel litteræ ſe ſolummodo habent per modum cauſæ inſtrumentalis, quibus conſenſus manifeſtatur, quo contractus iſte producitur. Verùm, contra hoc urgeri poteſt. Nam etiam in ſtipulatione verba ſunt inſtrumentum quo conſenſus manifeſtatur.

Reſpondeo ergo; quando contractus dicitur verbis aut ſcripturâ perfici, hoc ideo eſſe, quia certa ſolennitas verborum & ſcripturæ requiritur, nec ſufficerent alia ſigna æquivalentia, quæ tamen ſufficiunt in illis contractibus, qui ſolo conſenſu perfici dicuntur. Et hæc dicta ſint ad explicandum genus definitionis, nempe quòd ſit Contractus bonæ fidei, & ſolo conſenſu celebratus.

tus. Reſtat explicanda differentia, quæ continetur in illis verbis, quibus dicitur, quòd debeat Mandatarius gratis recipere in ſe quod rogatur, per quod differt à Contractu Locationis, vel etiam innominato, *do ut facias.* ſed quia indiget majore declaratione, ideo ſit----

CONTROVERSIA II.

Quo rigore debeat obligatio Mandati gratuitò ſubiri.

SUMMARIUM.

AN obſtet Mandato, ſuſceptum eſſe ſpe remunerationis. 660.
Quidſi Remuneratio fuerit promiſſa. 661.
Quidſi negotium committatur illi, qui non ſolet gratis agere. eod.
An Salarium advocato promiſſum poſſit peti actione mandati. 662.
Intellectus legis 6. ff. Mandati. 663.
An poſſit fieri verbis deprecatoriis. 664.

660. QUòd debeat fieri gratis, dicitur Inſt. §. ult. [In ſumma ſciendum eſt: mandatum niſi gratuitum, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede conſtitutâ incipit locatio, & conductio eſſe.] & lege 1. *ff. h.* 1. §. ult. ratio hujus redditur. *Mandatum, niſi gratuitum, nullum eſt, nam originem ex Officio atque amicitia trahit.*

Certum eſt, quando quis mandatum recipit ſpe remunerationis futuræ, hoc non obſtare, quin verus mandati contractus fuerit, etiamſi mandatarius ità conſtitutus fuerit, ut ſi ſciviſſet, nullum ſe honorarium accepturum eſſe, non ſuſcepiſſet negotium. Ratio eſt, quia adhuc verum eſt, quòd vi talis contractûs & negotii geſti ad nihil aliud teneatur mandans, quàm ad illa ad quæ teneretur, ſi alter absque ulla ſpe remunerationis operatus fuiſſet. Dico, ad nihil aliud teneri, intelligendo, ex Iuſtitia. P. Molina putat, quòd tunc, quando absque ſpe remunerationis fuiſſet operatus, mandans minùs obligaretur ex gratitudine, quia mandatarius cenſetur tacitè hanc obligationem remittere. Verùm, aliter mihi dicendum eſt, qui tract. 2. oſtendi, obligationem gratitudinis non poſſe remitti ab illo, qui beneficium contulit, quia non pendet à voluntate alterius, ſed à natura, ſicut obligatio Pietatis. ſed hæc non ſpectant ad hunc locum.

661. Sed, quidſi hæc remuneratio fuerit promiſſa, eritne nihilominus mandatum? Ratio dubitandi eſt, quia talis promiſſio inducit obligationem ex Iuſtitia. Imprimis certum eſt, quòd non eſſet contractus locationis conductionis. nam ad hunc requiritur, ut conveniatur de mercede certa: promiſſio autem honorarii non deſignat aliquid certum. Dubium ergo ſolùm eſt, an ſit contractus innominatus: *do ut facias*? Diſtinguendum eſt: vel promiſſio eſt cauſa inductiva, vel non; ſi eſt cauſa inductiva, ità ut alioquin negotium non ſuſciperetur, niſi accederet promiſſio alicujus, tunc cenſeo fore contractum innominatum *do ut facias* ex parte mandantis. & *facio ut des* ex parte mandatarii, & competituram actionem *Præſcriptis verbis*, non verò *Mandati*, & hoc videtur tacitè ſupponere P. Molina n. 2. & contra Boecerum defendit Harpprecht *in* §. *ult. n.* 3. vocans ſententiam contrariam erroneam, quòd ſcilicet ſalarium ſic promiſſum habeat rationem honorarii. Certè actione mandati peti non poſſe, habetur l. 17. C. h. t. *Salarium incertæ pollicitationis peti non poteſt.* Quodſi non eſt cauſa inductiva, quia nihilominus fuiſſet negotium ſuſcipiendum, tunc retinet rationem mandati, & competit actio mandati, qui videtur eſſe ſenſus. *l. 6. pr. ff. h. t. Si remunerandi gratiâ honor* (id eſt ſalarium, ut interpretatur gl.) *intervenit* (id eſt, promiſſus eſt, ut ead. gl.) *erit mandati actio.* alium ſenſum poſtea dabo.

Sed quidſi negotium alicui committatur, qui non ſolet gratis, ſed pro mercede hujusmodi operam aut negotia ſuſcipere, v. g. ſi fulloni aut ſartori tradantur veſtes perficiendæ: tunc cenſetur potiùs initus contractus Locationis: quia merces tacitè & virtualiter conſtituitur. Pro hoc affert P. Molina duo Iura, neutrũ tamẽ hoc habet. nam *l.* 1. §. *ult.* dicitur id quod eſt indubitabile, nempe quòd interveniente pecuniâ ex pacto res ad locationem potiùs reſpiciat. Deinde citat §. *ult. I. h. t.* ubi potiùs videri poſſet contrarium dici his verbis. [Et ideo ſi fulloni polienda, curandàve quis dederit veſtimenta, aut ſarcinatori ſarcienda, nullâ mercede conſtitutâ, neque promiſsâ, mandati competit actio.] Nihilominus, ut dixi, tacitè conſtituta cenſetur merces illa, quæ communiter ſolet æqua & juſta reputari, & hoc habet quotidiana praxis cum opificibus, cum quibus communiter poſt confectum opus primùm convenitur de mercede. Adductus ergo §. intelligendus eſt, quando ne quidem tacita promiſſio interveniret, eò quòd fortè amicus amico talia committeret.

662. Quòd Salarium promiſſum Advocato non poſſit peti actione mandati, quando abſque tali non fuiſſet negotium geſturus, poteſt ulteriùs probari ex leg. 1. *C. h.* t. ubi Impp. ſic ſcribunt. [Adverſùs eum cujus negotia geſta ſunt, de pecunia, quam de propriis opibus, vel ab aliis mutuò acceptam erogaſti, mandati actione pro ſorte & uſuris potes experiri. De Salario autem NB. quod promiſit, apud Præſidem provinciæ cognitio præbebitur.] Ergo non poteſt peti ſalarium ordinariâ actione, qualis eſt *Mandati*, ſed extra ordinem apud Præſidem. Quod etiam ſupponitur *l.* 7. *ff. h.* t. [Salarium procuratori conſtitutum ſi extra ordinem peti cœperit, &c.]

Ratio-

Digitized by Google

Rationem ulteriorem addit Hunnius. *v. reſ. q. 6.* Si enim peteretur actione mandati, vel peteretur actione directâ, vel contrariâ. Non directâ, hæc enim convenit mandanti, non mandatario: non contrariâ, quia in hanc actionem venit, quod videtur abeſſe. Ego non deſidero aliam rationẽ, quàm quæ eſt obvia, nempe, quia talis contractus non eſt gratuitus, ſive, quia negotium non geritur gratis & ex amicitiæ officio, quod eſt de conceptu mandati, ut pariat actionem propriam.

663. Objicit VVidman & alii legem 6. *ff. h. t.* paulò antè recitatam, cujus intellectum dixi poſſe eſſe, ſi promiſſio ſalarii non fuit cauſa motiva. Alium intellectum dat Hunnius, & ex eo Harppræcht: nempe quando dicitur, ſalario interveniente actionem mandati eſſe, id ſic interpretandum eſt, ut ſit mandati actio de aliis omnibus rebus, quæ mandati judicio petuntur, non autem de ſalario. Putant ergo probabiliter, ſermonem eſſe de actione mandati directa, quæ mandanti competit, & hoc colligunt ex verſ. ſeq. [Si alicui mandatum ſit, ut negotia mea adminiſtret, hac actione conveniendus erit.] Ergo quando dixit Iureconſultus, ſalario interveniente mandati actionem eſſe, ſignificat actionem mandati directam eſſe, quæ tamen de ſalario eſſe non poteſt, ut patet, quia hoc peteretur actione contrariâ. Hæc eſt interpretatio horum AA. qui proinde in tali contractu videntur duos contractus agnoſcere, unum Locationis, ratione ſalarii, alterum Mandati. Sed hoc mihi difficile eſt, quia non apparet, quid fiat gratis, niſi dicamus, quòd ſalaria hujuſmodi non ſoleant adæquare miniſterium Advocatorum & Procuratorum, & ſic adhuc fiat gratis: quod effugium arripit VVidman n. 9. & 10. ubi quæſtionem movet, unde colligi poſſit, an ſit merces vel ſalarium: reſpondétque id colligi debere ex eo: vel enim tale factum committitur, quod cæteroquin locari ſolet, hoc eſt, ubi ex æquo vera & proportionata æſtimatio reſpondet, qualia ſunt viliora, & quæ opera manuum ab opificibus ſive mechanicis præſtari ſolent: vel factum aliquod honeſtius, & dignius mandatur, v. g. Medicum aut Advocatum agere, liberalem aliquam diſciplinam docere, & alia hujuſmodi, quæ ob ſuam præſtanſtiam nullâ condignâ mercede verè & adæquatè æſtimari poſſunt: hoc poſteriore caſu vult non poſſe cenſeri locationem, conſequenter totum, quod pro tali facto expediendo promiſſum eſt, intelligitur honorarium, & non merces, adeoque contractum eſſe mandati. Ità ille. Quæ doctrina non ſolùm videtur pugnare cum apertis Iuribus adductis, ubi dicitur pro Salario non dari actionem mandati, (quæ Iura ad minimùm debent intelligi quando Salarium adæquat totum id quod eſt æſtimabile in opera & induſtria Procuratoris, adeoque ſupponunt poſſe adæquari) verùm etiam eſt contra ſenſum communem omnium, arbitrantium, poſſe ità adæquari Salario æſtimationem, ut intercederet vera locatio, adeo ut ſi Procurator plus peteret, injuſtè ageret, & æqualitatem non ſervaret. Et ne longiùs abeamus, P. Layman (quem iſte Author immeritò pro ſe citat) *cap. 26. n. 1.* diſertis verbis ſupponit poſſe conſtitui ſalarium, juſtum, & Advocatos ac Procuratores non ſolere agere gratis. verba ſunt. [Veruntamen Procuratori, ſicut & Advocato, quos conſtat laborem ſuum gratis non præſtare, ſi certum Salarium conſtitutum non fuit, ad Iudicis Officium pertinebit Salarium juſtum deſignare.]

Confirmari hoc inſuper poteſt ex eo, quòd Iura negent actionem *mandati* illi Procuratori, qui pactus eſt de quotâ litis ſibi ſolvendâ, ſi vicerit. imò puniunt hujuſmodi pactum tanquam doloſum, & adhoc initum, ut plus conſequatur, quàm ejus opera digna eſt: & quidem negant tali actionem mandati etiam ad conſequendum id, in quod condemnatus eſt, ut Interpretes colligunt ex lege 6. §. 7. ff. h. t. ubi ponitur caſus iſte, & eſt textus ſatis obſcurus. [Marius (*alii legunt Maurus*) Paulus quidam fidejuſſerat pro Daphnide, mercedem pactus ob ſuam fidejuſſionem, & ſub nomine alterius (*v. g. ſuæ uxoris*) ex eventu litis caverat ſibi certam quantitatem dari. hic à Claudio Saturnino Prætore, majores fructus inferre juſſus erat: & advocationibus ei idem Saturninus interdixerat. Videbatur autem mihi judicatum ſolvi fidejuſſiſſe, & quaſi redemptor litis extitiſſet, velle à Daphnide mandati judicio conſequi quod erat condemnatus. Sed rectiſſimè Divi Fratres reſcripſerunt, nullam actionem eum propter ſuam calliditatem habere, quia mercede pactâ acceſſerat ad talem redemptionem, &c.] ſupponitur ergo quòd eius opera procuratoria potuerit certâ mercede adæquari, hoc ipſo enim quòd merces conſtitui poteſt, neceſſe eſt intervenire æqualitatem, nam hæc eſt de conceptu mercedis. Itaque etſi ſcientiæ non poſſint pretio æſtimari, cùm ſint bona altioris ordinis, exercitium tamen ſcientiæ poteſt æſtimari, aliuquin nec contractus Societatis intercedere poſſet, quando alter operam litterariam confert, quod eſt contra jura, praxim, & rationem.

664. Contra id, quòd iſte contractus debeat fieri gratis, objici poſſet, ex eo ſequi, quòd poſſet iniri per verba deprecatoria: *Rogo*: nam pro liberali officio utique rogari poſſumus. atqui hoc videtur falſum. nam verbis deprecatoriis nemo cenſetur velle ſe obligare ex juſtitiâ. Minor probatur etiam ex lege 12. §. 12. ff. h. t. *Cùm quidam talem epiſtolam ſcripſiſſet amico ſuo:* rogo te cõmendatum habeas Sextilium Creſcentem amicum meum. *non obligabitur mandati.* *R.* Concedendo ſequelam, negando minorem. ad

probationem reſpondeo, me poſſe alium rogare, ut ſe mihi obliget pro reciproca obligatione, & hoc poteſt fieri etiam in aliis contractibus, ut patet etiam ex matrimonio. Ad legem adductam ſumenda eſt reſponſio ex verbis ſequentibus, quibus ratio additur negati mandati. [Quia commendandi magis hominis, quàm mandandi cauſâ ſcripta eſt.] Noluit enim alterum ex juſtitia obligari, ſed ſolùm illi perſuaderi laudando amicum, & hoc ſenſu, ex communi ſtylo intelliguntur litteræ commendatitiæ, quibus nemo ſe obligari cenſet ex juſtitia. Aliud dicendum eſſet de litteris, quibus peteretur ab aliquo, ut latori det mutuas pecunias, aut merces: ex praxi enim conſtat, quòd tales velint tanquam mandatores eſſe obligati, & per conſequens etiam alterum ſibi habere obligatum, ſiquidem negotium recepit: qui ſi inde lædatur, damnum petet actione mandati, ut ex Ioanne Koppen notavit VVidman n. 31. Idem aſſerens de litteris creditivis ſeu credentiæ Principum.

CONTROVERSIA III.

Quotuplex ſit Mandatum, & quorum Gratiâ contrahi poſſit.

SUMMARIUM.

Diviſio mandati in expreſſum & tacitum. 665.
An in re turpi locum habeat. eod.
An per verba ambigua. eod.
Diviſio ejuſdem in Generale & Speciale. 666.
Subdiviſio Mandati generalis: in cum libera, *& ſine libera.* eod.
Diviſio ejuſdem in purum, & non purum. 667.
Diviſio ejuſdem in conſtituens mandatarium judicialem & extrajudicialem. 668.
Diviſio ejuſdem ratione utilitatis diverſimodè intentæ. eod.
An alieno acquiratur obligatio, ſi in illius utilitatem mandatur. 669.
Quare non acquiratur actio, quando in ſolius mandatarii utilitatem tendit mandatum. eod.
Quid ſi dolo conſilium noxium datum eſſet, an teneretur mandans de damno. 670.

665. DUbitatur Mandatum 1. in expreſſum & tacitum. Expreſſum eſt, quo negotium alteri committitur verbis formalibus vel virtualibus ſignis externis, quibus internus conſenſus exprimitur, & alterum inducit ad acceptandum negotium, & ut ſuprà dictum, non ſolùm verbum *mando, committo*, ſed etiam *rogo* ſufficit l. 1. §. 2. ff. h. t. *Item ſive* rogo, *ſive* volo, *ſive* mando, *ſive alio quocunque verbo ſcripſerit, mandati actio eſt.* Tacitum mandatum eſt, quo quis ſciens prudens patitur, ut ab alio res ſua agatur: ut ſi præſens ac tacens permittam ut pro me alius fidejubeat, vel ſolvat: eo ipſo enim præſumor tibi dare mandatum, & ſilentium eſt loco ſermonis, l. 18. ff. h. t. *Qui patitur ab alio mandari, ut ſibi credatur, mandare intelligitur*, non quidem creditori, ſed mandanti, ut benè notat gloſſa: nam creditori ex mutuo teneretur. Item *l.* 53. *eod. Qui fide alterius pro alio fidejuſſerit præſente, & non recuſante, utroſque obligatos habet Iure mandati.* Notat tamen hic P. Azorius, & colligit ex *cap. ex parte Decani de Rebus ſcriptis*, hoc genus mandati taciti non habere locum in re turpi; etiamſi enim taceat, non hoc ipſo videtur mandare quod alius ſuo nomine turpiter agit. Ratio autem videtur eſſe, quia quod ab ipſa lege prohibetur, non eſt neceſſe ut ab altero prohibeatur, ne ſuo nomine fiat, quia nullius nomine rectè fit.

Dicet aliquis: imò videtur etiam in re turpi locum habere: nam, ut tradit Baldus in l. *Cùm oportet ff. de bonis quæ lib.* ſi pater ſciat filium ſolitum uſuras exercere, eique det pecunias, cenſetur tacitè mandâſſe, cogitúrq; reſtituere pecunias uſurariò quæſitas, R. Ex duplici cauſa in tali caſu id præſumi, tum quia dando pecunias cooperatur, tum quia tenetur ex officio patris monere & dehortari.

Bartolus *in leg. ſi quis mihi bona. §. pater Seio. ff. de acquir. hered.* advertit, poſſe tacitum eſſe mandatum, quando fit verbis ambiguis, & quæ in his circumſtantiis meritò intelliguntur & accipiuntur in vim mandati. Exemplum dat in ſervo qui occidit inimicum ſui domini, eò quòd dominus illi dixerit; ne redeas in domum meam, niſi audiverim inimici mei interitum. Simile exemplum eſſe poſſet, quando ſatellites Regis Angliæ interfecerunt S. Thomam Epiſcopum Cantuarienſem, quia audierunt Regem conquerentem, quòd non poſſet habere pacem cum ipſo.

666. Dividitur 2. in Mandatum generale & ſpeciale. Mandatum generale eſt, quando, quis alicui committit omnia ſua negotia, vel ut omnia ſua bona adminiſtret, & curet. Speciale Mandatum eſt, cùm datur Mandatum alicui ad certam litem componendam; vel ad certum in ſpecie negotium perficiendum.

Mandatum generale ſubdividitur in Mandatum generale cum adjecta clauſula: *Cum libera*: & in mandatum generale ſine hac clauſula. De priore ſpecie plura dicenda erunt contr. ſequente.

667. Dividitur 3. in Mandatum purum, h. e. cui neque conditio, neque dies adjectus eſt, & in non purum, cui vel adjecta eſt conditio, vel eſt in diem, vel uſque ad certum diem; v. gr. ſi navis venerit ex India, commito tibi diſtractio-

ncm

Digitized by Google

item mercium. Mandò, ut usque ad Calen. Ian. geras meum negotium. Mando, ut à tali die geras,&c. De his nihil eſt addendum illis, quæ dicta ſunt tract 8. de Contr. in genere.

668. Dividitur 4. In mandatum, quo conſtituitur mandatarius Iudicialis, & mandatum quo conſtituitur extrajudicialis. Mandatarius extrajudicialis, hoc eſt, qui extra Iudicium perficit negotia, poteſt loco ſui alium ſubſtituere, niſi id illi ſpecialiter prohibeatur, vel negotii gravitas obſiſtat: at verò Iudicialis hoc non poteſt. *l.* 8. §. 3. *ff. h. t.* [Si quis mandaverit alicui gerenda negotia ejus, qui ipſe ſibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia & ipſe tenetur: tenetur autem quia agere poteſt: quanquam enim vulgò dicatur, procuratorem ante litem conteſtatam facere procuratorem non poſſe, tamen mandati actio eſt, ad agendum enim duntaxat hoc facere non poteſt.] Diſparitas eſt, quòd mandatarius Iudicialis per litis conteſtationem fiat Dominus litis, ità ut omnes actus judiciales in ipſum dirigantur (de Iure communi) & in ipſum, non in Dominum cujus cauſam agit, feratur ſententia: ſed, ut monet VVidman, conſuetudo moderna habet, ut ipſe Dominus condemnetur, exceptis cauſis infamiam irrogantibus. Sed de Procuratore ad negotia extrajudicialia plura infrà.

Reſtat nunc dicere, quot diverſis modis quoad utilitatem inter contrahentes intentam poſſit mandatum contrahi. de quibus ità loquitur Imperator in Inſt. [Mandatum contrahitur quinque modis: ſive ſuâ tantùm gratiâ tibi mandet, ſive ſuâ & tuâ, ſive alienâ tantùm, ſive ſuâ & alienâ, ſive tuâ & alienâ. At, ſi tuâ tantùm gratiâ mandatum ſit, ſupervacuum eſt mandatum: & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio naſcitur. Mandantis tantùm gratiâ intervenit mandatum, veluti ſi quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo ſponderes. Tuâ gratiâ & mandantis, veluti ſi mandet tibi, ut pecuniam ſub uſuris crederes ei, qui in rem ipſius mutuaretur: aut ſi volente te agere cum eo ex fidejuſſoria cauſa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis: vel ut ipſius periculo ſtipuleris ab eo, quem tibi deleget in id quod tibi debuerat. Alienâ autem tantùm causâ intervenit mandatum: veluti ſi tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes. Suâ & alienâ: veluti ſi communibus ſuis, & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut ſibi & Titio fundum emeres, vel, ut pro eo & Titio ſponderes. Tuâ & alienâ, velut ſi tibi mandet, ut Titio ſub uſuris crederes, quia ſi ſine uſuris pecuniam crederes, alienâ tantùm gratiâ intercedit mandatum.] Eſt ergo hæc quinta diviſio mandati, deſumpta ab objecto, & fine intento, ut dixi.

Videri autem poſſet hæc diviſio non eſſe adæquata, poſſéque ſextam ſpeciem adjici, nempe ſi mandatum meâ, tuâ, & alienâ gratiâ contraheretur, cujus exemplum deſumi poſſet ex leg. 8. §. 4. *ff. h. t.* ut obſervavit Iulius Pacius, & ſic habet. [Si tutores mandaverint contutori ſuo mancipium emendum pupillo, & ille non emerit, an ſit mandati actio, & utrum tantùm mandati, an verò & tutelæ. Et Iulianus diſtinguit: referre enim, ait, cujus generis ſervum tutores uni tutorum mandaverint, ut emeret: nam ſi ſupervacuum ſervum, vel etiam onerosum, mandati actione tantùm eum teneri, tutelæ non teneri. Si verò neceſſarium ſervum, tunc & tutelæ eum teneri, &c.] Ecce! hoc mandatum cedit in utilitatem tam mandantis, quàm mandatarii, utpote contutoris, & quàm alterius tertii, nempe pupilli. Reſpondet Ludwel, in hac lege novam ſpeciem non poni, ſed mandatum tantùm mandantis & alterius nempe pupilli gratiâ contrahi, ex accidente verò, & præter intentionem mandantis etiam mandatarii commodum verſari, quoniam is contutor eſt, cujus intereſt neceſſarium ſervum pupillo emi. Verùm, hæc reſponſio non tollit difficultatem. Primò, quia ſic aliqua exempla ab ipſo Imperatore paulò antè allata improbanda eſſent, ut mandatum mutui cum uſura, quæ ſanè non intenditur à mandante, nam ſi ſine uſuris mutuum obtineri poſſet, id ſanè mallet. Secundò, non ſatisfacit ideo reſponſio, quia, eſto in illius legis caſu non eſſet talis ſpecies mandati, nunquam tamen oſtendet Ludwel, non poſſe hujusmodi mandatum fieri, quo & ſua mandantis, & mandatarii, & alterius tertii utilitas intendatur: v. g. ſi mandaretur, ut pecunia ſub uſuris Petro crederetur, qui mutuum deſiderat in gratiam ipſius mandantis, cui ſic poterit ſervire emendo aliquid, &c. Et ideo Iulius Pacius admittit hanc ſpeciem à cæteris diſtinctam: & oſtendit, non poſſe plures quàm ſeptem ſpecies excogitari: (quarum tamen una inutilis eſt, ut ait Imp. verbis cit.) hoc modo. In mandato tres perſonæ ſpectari poſſunt: mandator, mandatarius, & extraneus: hinc oriuntur tres modi ſimplices, id eſt, in quibus una perſona conſideratur, nempe mandantis causâ, mandatarii causâ, & alienâ ſive extranei cauſâ: & totidem ex duabus perſonis conjuncti, mandantis & mandatarii gratiâ, mandantis & extranei, mandatarii & extranei: ac denique unus modus conjunctus ex tribus perſonis, quem modum cum gloſſa admittunt meritò Pacius & alii, quos ſequitur P. Molina ponens exempla. ut ſi Petrus mandet Ioanni. ut utrique ipſorum ac Franciſco conducat aut emat, ut fidejubeat pro pretio rei omnibus tribus emptæ.

669. Quæres 5. An alieno acquiratur obligatio, quando in illius utilitatem mando. ℞. Negativè: nemo enim alteri poteſt obligationem acquirere, ut alibi explicatum eſt, & habetur

betur

betur *l.* 38. §. 17. *ff. de V. O.* Itaque in tali caſu ſoli mandanti acquiritur actio mandati.

Quæres 2. Quæ cauſa ſit, quòd non naſcatur actio mandati, quando in ſolius mandatarii utilitatem tendit mandatum. ℞. Rationem eſſe, quia tunc potiùs agit mandans conſiliarium, quàm mandantem: atqui conſilio nemo obligatur, ſed integrum eſt acceptare vel repudiare conſilium: & ideo, ſi acceptato conſilio damnum inde incurrat, non habet adversùs conſulentem actionem. Ità habetur §. 6. *Inſt.* ubi ponitur exemplum. [Itaque ſi otioſam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis ut rem aliquam emeres, vel eam crederes: quamvis non expediat tibi eam emiſſe, vel credidiſſe, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ità ſunt, ut quæſitum ſit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fænerares, ſed obtinuit Sabini ſententia, obligatorium eſſe in hoc caſu mandatum, quia non aliter Titio credidiſſes, quàm ſi tibi mandatum eſſet.] Addendum tamen videtur (alioquin ratio non eſt ſufficiens) quòd non in ſolius mandatarii gratiam, ſed etiam & principaliùs in gratiam Titii mandatum ſit, prout etiam inſinuat Hunnius q. 14. & apud hunc Donellus.

670. Quæres 3. Quid ſi dolo conſilium noxium datum eſſet, an tunc teneretur mandans mandatario de damno? ℞. Non teneri quidem actione Mandati, ſed tamen Actione de dolo, ut conſtat ex dictis tractat. 2. De Cauſis concurrentibus ad damnum alterius, & colligitur à fortiori ex *l.* 8. *ff. de dolo.* [Quod ſi, cùm ſcires eum facultatibus labi, tui lucri gratiâ affirmâſti mihi idoneum eſſe, meritò adversùs te, cùm mei decipiendi gratiâ alium falsò laudâſti, de dolo judicium dandum eſt.] Quare non ſatis apparet, quomodo defendi poſſit, quòd tradit Vlpianus in *l.* 6. §. 5. dicens, quòd alter, cui datum eſt conſilium noxium, teneatur etiam actione mandati, ſi aliter non fuiſſet operaturus, niſi conſilium datum eſſet: his verbis. [Planè ſi tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, niſi meâ quoque interfuit: aut NB. ſi non eſſes facturus, niſi ego mandâſſem, & ſi meâ non interfuit, tamen erit mandati actio.] Hoc advertit Gofredus in gloſſa, & ideo addit: *& caviſſem damnum tibi præſtari.* aliàs, inquit, non teneor. Vnde P. Molina ante n. 4. propter hoc carpit Vlpianum, quòd admiſerit actionem mandati. Aliqui tamen defendunt Vlpianum, dicendo, quòd in textu adducto non proponatur caſus, quo ſolius mandatarii gratiâ conſilium datum fuit, ſed quo & alterius perſona adjecta, puta, ut Titio fœnerareris. Ità Donellus & Ludwel. ſed niſi fallor divinatoriè, imò vix ſatis cohærenter ad totum contextum. Nam præcedente §. ponebatur caſus, quo in alterius gratiam mandatum eſt. Quidquid ſit: in tali caſu actio mandati non datur propter textum Inſtitutionum, & rationem generalem ibi datam, quia eſt merum conſilium. quidquid aliqui teneant, quos ſecutus eſt VVurmſerus, VVidm. & Treutlerus *vol.* 1. *d.* 27. *th.* 5. *lit. G.* quem ibidem refutat Bacchuvius, & Hunnius.

CONTROVERSIA IV.

Ex qua culpa teneatur Mandatarius exequi negotium commiſſum.

SUMMARIUM.

AN Mandatarius teneatur de culpa lata aut levi. 671.

An de culpa leviſſima. 672.

Cur in hoc contractu non obſervetur Regula vigeſima tertia. 673.

Intellectus legis 8. §. ult. ff. Mandati. 674.

Intellectus Regulæ 23. *ff. de R. I.* 675.

671. CErtum eſt 1. De caſu fortuito mandatarium non teneri, ut conſtabit ex legibus adducendis: niſi ſe ſponte ad eum quoque præſtandum obligaret.

Certum eſt 2. Ad minimum teneri eum etiam ex culpa lata, imò etiam ex culpa levi, ſaltèm tunc, quando etiam ipſius mandatarii utilitatem ſpectat, ex regula generali ſuprà tradita. Difficultas ergo eſt, quando ſolius mandantis utilitatem ſpectat, an tunc etiam de cupla levi teneatur mandatarius. Deinde eſt valde controverſum, an univerſim teneatur mandatarius etiam ex culpa leviſſima, etiamſi nulla illius utilitas ſpectetur.

Eſt autem prima ſententia, Mandatarium nunquam teneri ex minore culpa, quàm ex lata, ſi ſolius mandantis utilitas ſpectetur in contractu. Ità Duarenus *h. t. c.* 2. Mynſinger, Ritterſhuſius, & quidam alii apud Harpprecht *n.* 21: Eandem tenet P. Azor.

Secunda ſententia obligat ad culpam etiam levem, ſed non leviſſimam. Ità poſt alios VVidman, & videtur magis inclinare in hanc ſententiam P. Molina, qui tamen ad Iura contraria, quæ refert n. 6. aliud non reſpondet, quàm quòd optet, ut tot Iura invicem contraria, quæ litibus fomenta præbent, maláque alia invehunt, abſcinderentur, pauciſſimiſque regulis perſpicuis hæc & his ſimilia diſponerentur.

672. Tertia ſententia, quæ mihi verior videtur, vult, ſemper illi etiam leviſſimam culpam eſſe præſtandam. Hæc eſt apud Iuriſtas longè communior, cujus Auctores longo catalogo refert & ſequitur Harpprecht. VVurmſerus vult eſſe evidentem, Hunnius vocat longè veriorem, & Ant. Perez tradit ut indubiam.

Probatur autem hæc ſententia, 1. ex *leg.* 13. *C. h. t.* ubi ſic ſcribunt Impp. *A Procuratore do-*

lum

lum & omnem culpam, non etiam improviſum caſum præſtandum eſſe, Iuris auctoritate manifeſtè declaratur. Qui ſanè textus fortiſſimè urget, dum omnem omnino culpam vult abeſſe debere, & ſolum caſum fortuitum prout opponitur culpæ excipit: opponitur autem culpæ leviſſimæ.

Reſpondent adverſarii, hunc locum eſſe intelligendum de negotio, quod exigit diligentiam exactiſſimam, ad exemplum locantis operas ſuas, qui etſi cæteroquin non teneatur, niſi de levi culpa, tali tamen caſu ad leviſſimam adſtringitur *l. 25. §. qui columnam. ff. locati.* Verùm, hæc reſponſio non ſatisfacit: ſi enim hoc voluiſſent Impetatores, non erat opus pro fundamento aſſumere Iuris auctoritatem: nam quando opus ex natura ſua exigit exactiſſimam diligentiam, Iure quoque naturæ ad eam præſtandam aſtringitur is, qui opus perficiendum recipit. Nimis ergo divinatoria eſt hæc reſponſio & Iuris interpretatio.

Probatur 2. & prior probatio contra datam interpretationem confirmatur ex *lege 21. C. eodem.* ubi nimis clarè requiritur ab omni mandatario exacta diligentia, excludens omnem omnino culpam. [In re mandata non pecuniæ ſolùm, cujus eſt certiſſimum mandati judicium, verùm etiam exiſtimationis eſt periculum. Nam ſuæ quidem quiſque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, ſed pleraque proprio animo facit. Aliena verò NB. negotia exacto officio geruntur, nec quiſquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum culpâ vacuum eſt.]

Probatur 3. Ratione. Qui alteri negotium gerendum committit, eligit ſingularem perſonæ idoneitatem & induſtriam, petitque ut ex officio amicitiæ id adminiſtret, ut amicum decet: & dum alter negotium recipit, hanc ipſam diligentiam tacitè pollicetur, vel certè deceret eam polliceri: ergo non poteſt conqueri, quòd, ſi ipſe alioquin ſe non adſtringeret, à Iure adſtringatur. Et hæc ſunt hujus ſententiæ fundamenta. Sed neque contraria ſententia ſuis Iuribus eſt deſtituta.

673. Primò itaque, fundat ſe in regula generali, quòd quando in aliquo negotio utilitas debitoris non agitur, ſed omne commodum, vel ad creditorem, vel alium ſpectat, non præſtetur, niſi dolus & lata culpa, ut in Depoſito, ubi Iura dabimus. atqui tale eſt Mandatum; de quo diſputamus. ergo. Ad hoc tamen reſponderi commodè poteſt, excipiendum eſſe illud negotium, ad quod perficiendum eligitur induſtria ſpecialis, & non mera cuſtodia, reponendo rem inter res ſuas, ut fit in depoſito: qui enim aliquid apud alterum deponit, niſi aliud paciſcatur, non exigit aliam curam, quàm ut res depoſita habeatur inſtar rerum propriarum, & inter res proprias: quare ſi depoſitarius circa res proprias non niſi latam culpam ſolet cavere, cum hac diligentia deponens quoque contentus eſſe debet, quia non cenſetur ſe ad majorem ſollicitudinem obligare velle depoſitarius. Aliter mandatarius, qui opus perficiendum eâ induſtriâ cenſetur poſſidere, qualem amicus ab amico meritò ſperat; ad quod eſt elegans locus quem ex Cicerone affert Hunnius. [In privatis rebus ſi qui rem mandatam non modò malitioſiùs geſſerit, ſeu quæſtûs, aut commodi cauſâ, verùm etiam negligentiùs, is admittit ſummum dedecus. Quod enim recipis mandatum, ſi aut ad tuum commodum converſurus, aut neglecturus es. Cur mihi te offers, ac meis commodis officio ſimulato officis & obſtas?]

674. Difficilius argumentum ſumitur ex lege 8. §. *ult. ff. h. t.* ubi is cui mandavi, ut hominem emeret, dicitur mihi teneri, ſi emere neglexerit, vel dolo, vel latâ culpâ. Reſpondet Hunnius, in dicta lege non ſolùm aſſeri, quòd Procurator teneatur de dolo & lata culpa, ſed ſtatim adjici, ſi Procurator rem ex mandato receptam non reſtituit, eum non teneri, ſi ejus dolus non interveniat, vel *culpa*: quo vocabulo, cùm ſit generale, comprehenditur etiam culpa leviſſima. Verùm, hæc reſponſio vim infert textui, nam ex contextu conſtat, ibi per culpam intelligi culpam latam, de qua nempe priùs ſermo erat. Audiamus ipſum Vlpianum. [Proinde ſi tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emiſti, teneberis mihi, ut reſtituas. Sed &, ſi dolo emere neglexiſti (fortè enim pecuniâ acceptâ alii ceſſiſti, ut emeret) aut NB. ſi latâ culpâ (fortè ſi gratiâ ductus paſſus es alium emere) teneberis. Sed &, ſi ſervus, quem emiſti, fugit, ſiquidem dolo tuo, teneberis: ſi dolus non intervenit nec culpa, non teneberis, niſi ad hoc, ut caveas, ſi in poteſtatem tuam pervenerit, te reſtituturum.] Aliter ego reſponderem, & dicerem, hunc textum non eſſe ab Vlpiano conceptum, ad explicandum, ad quam culpam præſtandam teneatur mandatarius quà talis, ſed ad hoc ut declararet in exemplo regulam generalem, quam poſuerat §. immediatè præcedente, nempe. *Dolo autem facere videtur, qui id, quod poteſt reſtituere, non reſtituit.* & ſtatim connectit ſequentem §. *Proinde ſi tibi mandavi, &c.* Quando autem poſtea dicit, quòd ſi ſervus fugit, teneatur, ſi ejus culpâ fugit, dico eum loqui de culpa lata, ex qua ſola tenetur non ut mandatarius (mandatum enim jam impleverat emendo) ſed ut depoſitarius, quia habebat ſervum in depoſito, ex depoſito autem ſolùm venit culpa & dolus præſtandus. Totus ergo textus eò tendit, ut declaret, quòd qui non reſtituit rem alienam, quam poteſt reſtituere, ſi res pereat, teneatur de dolo, & de culpa quæ dolo comparatur.

675. Ultimum, pro hac ſententia argumentum deſumitur ex Regula Iuris 23. cujus tamen difficultatis nullam mentionem, multò minus ſolutionem invenio in Hunnio, Harpprecht,

V Vurmſero, aut alio. : faciunt illi quidem mentionem regulæ generalis, ſed non advertunt ad verba & exempla quæ ibi ponuntur : [Dolum tantùm Depoſitum, & Precarium. Dolum & culpam NB. Mandatum & Commodatum, Venditum, Piguori acceptum, Locatum, item dotis datio, tutelæ, negotia geſta.] Ecce ! quòd ſicut ex locato, vendito, &c. non tenetur quis niſi ad culpam levem, ità nec ex mandato. Item, inquit P. Molina, ſicut in Commodato attenditur, in cujus nam gratiam factum ſit, ut inde definiatur, ex quanta culpa teneatur, ità & in Mandato. Et hoc ſolum argumentum terruit P. Molinam: ſed immeritò, nam meo judicio faciliùs ſolvitur, quàm priora. Comparatur quidem ibi mandatũ cum cæteris enarratis, quòd præter Dolum præſtanda ſit culpa, ſed eſt tunc ſermo de culpa genericè ſumpta, præſciudendo à culpa levi & leviſſima.] Poſtea autem dicitur : *in his quidem & diligentiam.* nempe in negotiis geſtis. atqui etiam mandatarius eſt negotiorum geſtor, non quidem ex quaſi contractu, ſed ex contractu. Cæterùm, de mandato ideo nihil ſpecificè dictum eſt hoc loco, quia in lib. 6. Digeſt. non erat res deciſa, ſed poſtmodum in Codice locis citatis pro tertia, & mihi veriore ſententia.

CONTROVERSIA V.

Quænam ſint inter Mandatorem, & Mandatarium Obligationes, & Actiones reciprocæ.

SUMMARIUM.

AD quid obligetur Mandatarius Mandanti. 676.
Quid ſi neglexit executionem, & non renuntiavit. 677.
Ad quid præterea obligetur Procurator. 678.
Mandatario competit actio Mandati contraria. 679.
Quomodo & quouſque hæc actio competat fidejuſſori contra debitorem principalem. eod.
Aliæ Obligationes Mandantis. 680.
An teneatur præſtare caſum fortuitum & damnum incurſum in executione. eod.
Diſtinctio inter caſus fortuitos. 681.

676. DICENDUM 1. Mandatarius obligatur Mandatori, ut tempore congruo integrè & bonâ fide mandatum exequatur, & illi reſtituat, ſi quod emolumentum, vi executionis mandati ad eum pervenit, & ut perveniret, intendebatur per contractum ſaltèm in confuſo, & per conſequentiam ; item ſi quid reſiduum remanſit ex illis quæ mandator dederat ad mandatum exequendum. Ad hæc igitur conſequenda datur Mandatori, ejusque hæredibus actio Mandati *Directa* (ſic dicta non ut opponitur actioni utili, ſed ut opponitur actioni contrariæ, de qua poſtea) quæ tamen intelligenda ſunt, ſi Mandatarius non renuntiaverit ſatis tempeſtivè. Dari has obligationes, & actiones, habetur *Inſt.* §. 11. *h. t* [Mandatum non ſuſcipere cuilibet liberum eſt, ſuſceptum autem conſummandum eſt, aut quamprimùm renuntiandum, ut per ſemetipſum, aut per alium eandem rem mandator exequatur.] Clariùs & diſtinctiùs habetur *l.* 11. *C. h. t.* [Procuratorem non tantùm pro his quæ geſſit, ſed etiam pro his quæ gerenda ſuſcepit, & tam propter exactam ex mandato pecuniam, quam non exactam, tam dolum, quàm culpam, ſumptuum ratione bonâ fide habitâ præſtare neceſſè eſt.] & *l. ſeq.* [Cùm mandati negotii contractum certam accepiſſe legem adſeveres, eam integram ſecundùm bonam fidem cuſtodiri convenit. Vnde, ſi contra Mandati tenorem Procurator tuus ad re pertinentem fundum vendidit, nec venditionem poſtea ratam habuiſti, dominium tibi auferre non potuit.] Huc pertinent Iura ſeq. Controverſiâ adducẽda, quibus cavetur, ne mandatarius fines mandati prætergrediatur. Actio autem competens vocatur Directa. *Inſt.* §. *ex quibus de Pœna temerè litigantiũ.*

677. DICENDUM 2. Si intereſt Mandatotis, mandatum fuiſſe executioni datum ſecundùm tenorem & formam præſcriptam, ac bonam fidem, & mandatarius negligat, nec renuntiet, ſi poſſit, condemnatur in id quod intereſt, ſi autem nihil interſit, ceſſat mandati obligatio. *l.* 16. *C. h. t.* [Ad comparandas merces datâ pecuniâ, qui mandatum ſuſcepit, fide ruptâ, quanti intereſt Mandatotis, tenetur.] *l.* 8. §. 6. *ff. h. t.* [Mandati actio tunc competit, cùm cœpit intereſſe ejus qui mandavit. Cæterùm, ſi nihil intereſt, ceſſat mandati. ut puta, mandavi tibi, ut fundũ emeres, ſi intererat meâ emi, teneberis : cæterùm, ſi eundem hunc fundum ego ipſe emi, vel alius mihi, neque intereſt aliquid, ceſſat mandati actio.] Limitatur tamen, niſi Mandatarius non poſſit renuntiare. *l.* 27. §. 2. *ff. h. t.* [Qui mandatum ſuſcepit, ſi poteſt id explere, deſerere promiſſum officium non debet : alioquin quanti mandatoris interſit, damnabitur : ſi autem intelligit, explere ſe id officium non poſſe, idipſum cùm primùm poterit, debet mandatori nuntiare, ut is, ſi velit, alterius operâ utatur : quodſi cùm poſſit nuntiare, ceſſaverit, quanti mandatoris interſit, tenebitur : ſi aliqua ex cauſa non poterit nuntiare, ſecurus erit.]

678. DICENDUM 3. Procuratori incumbit etiam rationem reddere negotii geſti, & non ſolùm ea reſtituere quæ ad eum per cauſam mandati pervenerunt, ut ſunt fructus, uſuræ perceptæ, & ex mora præſtandæ, ſed etiam, ſi per errorem vel injuriam Iudicis indebitum per cauſam mandati conſecutus eſt, id quoque reſtituere tenetur, item & actiones quæſitas mandatori

cede-

Digitized by Google

cedere. Habentur hæc *l. 46. §. 4. ff. de Procuratorib.* [Procurator, ut in cæteris quoque negotiis gerendis, ità & in litibus ex bona fide rationem reddere debet. Itaque quod ex lite conſecutus erit, ſive principaliter ipſius rei nomine, ſive extrinſecùs ob eam rem, debet mandati Judicio reſtituere: usqueadeo, ut etſi per errorem, aut injuriam Judicis non debitum conſecutus fuerit, id quoq; reddere debeat.] *l. 10. §. 2. & 3. ff. h. t.* [Si ex fundo quem mihi emit, Procurator fructus conſecutus eſt, hos quoque officio Judicis præſtare eum oportet. Si Procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique uſuras mihi pendet. Sed & ſi pecuniam meam fœnori dederit, uſuráſque conſecutus eſt, conſequenter dicemus, debere eum præſtare, quantumcumque emolumentum ſenſit, ſive ei mandavi ſive non, quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum ſentiat. Quodſi non exercuit pecuniam, ſed ad uſus ſuos convertit, in uſuras convenietur, quæ legitimo modo in Regionibus frequentantur.] & *l. 8. §. 5.* habetur caſus, ubi mandatarius cogitur cedere actionem, quam acquiſivit contra emptorem bonæ fidei. [Si liber homo, cùm bonâ fide ſerviret, mandaverit Titio, ut redimeretur, & nummos ex eo peculio dedit, quod ipſum ſequi, non apud bonæ fidei emptorem relinqui debuit. Titiúſque pretio ſoluto liberum illum manumiſerit, mox ingenuus pronuntiatus eſt, habere eum mandati actionem Julianus ait adversùs eum cui ſe redimendum mandavit, ſed NB. hoc tantùm ineſſe mandati judicio, ut ſibi actiones mandet, quas habet adversùs eum, à quo comparavit.] Mandatori tamen etiam ante talem ceſſionem utiles actiones accommodantur adversùs eos, qui cum Procuratore contraxerunt, præſertim ſi non ſit ſolvendo. *l. 1. in fine, junctà. l. 2. ff. de inſtitoria act.* ibi. [Marcellus autem ait, debere dari actionem ei, qui inſtitorem præpoſuit, in eos qui cum eo contraxerint: eo nomine quo inſtitor contraxit, ſi modò aliter rem ſuam ſervare non poteſt.] Vbi moneo, in exemplari impreſſo Coloniæ Allobrogum 1614. eſſe omiſſam particulam *Non*. Et hæc de obligationibus Mandatarii.

679. DICENDUM 4. Mandatario competit actio *Mandati*, quæ dicitur *Contraria*, adversùs mandatorem, quâ poteſt conſequi ea, quæ ſunt ipſi neceſſaria ad mandati executionem, item ad refundendum, quod expendit ex propriis in exequendo mandato, vel damnum quod paſſus eſt: item ut mandator ſuſcipiat in ſe obligationem, quam procuratorio nomine contraxit, ſive impletum ſit mandatum, ſive pro impleto habeatur. Habentur hæc ſeqq. jurib. l. 12. §. 7. ff. h. t. *Contrario Judicio experiuntur, qui mandatum ſuſceperunt.* & §. 17. ibi. [Illum verò, qui mandatum ſuſcepit, ſi ſuâ pecuniâ fecit (monumentum) puto agere mandati, ſi non ità mandatum ei eſt, ut ſuâ pecuniâ faceret monumentum, potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut ſibi pecuniam daret ad faciendum, maximè ſi jam quædam ad faciendum paravit. Idem eſt, ſi mandavi tibi, ut poſt mortem meam hæredibus meis emeres fundum.] *l. 27. §. 4.* [Impendia mandati exequendi gratiâ facta, ſi bonâ fide facta ſunt, reſtitui omnimodo debent: nec NB. ad rem pertinet, quòd is qui mandâſſet, potuiſſet, ſi ipſe negotium gereret, minus impendere.]

Quomodo & quousque hæc actio competat fidejuſſori tanquam mandatario contra debitorem principalem, ut illi refundat, quod pro eo ſolvit, aut reparet damnum, quod incurrit per fidejuſſionem, & ut eum opportuno tempore liberet à fidejuſſione, dictum eſt tract. 9. cùm ageretur de Stipulatione fidejuſſoris, & ideo non repeto.

680. DICENDUM 4. Tenetur etiam Mandator debita ex mandato contracta in ſe recipere, & mandatarium liberare, vel certè illi cavere, quòd debet eum indemnem ſervare, quo caſu viciſſim tenetur mandatarius cedere actiones. Aliud tamen eſt in procuratore ad lites, qui non poteſt agere, ut transferatur judicium ceptum in mandatorem, quia necdum perfecit mandatum, ſicut perfecit emendo v. g. fundum. Hæc omnia enucleatè tradit Paulus I. C. *in l. 45. per duos §§. ff. h. t.* [Si mandatu meo fundum emeris, an & antequam des pretium. (*agere poſſis*) ne neceſſe habeas res tuas vendere? & rectè dicitur, in hoc eſſe mandati actionem ut ſuſcipiam obligationem, quæ adverſùs te venditori convenit: nam & ego tecum agere poſſum, ut præſtes mihi adverſùs venditorem empti actiones. Sed ſi mandatu meo judicium ſuſcepiſti, manente judicio ſine juſta cauſa non debes mecum agere, ut transferatur judicium in me, nondum enim perfeciſti mandatum. Item ſi dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiſeris, & antequam ſolvas, dicendum eſt te agere poſſe, aut ſi nolit creditor obligationem mutare, cavere tibi debeo defenſurum te.]

Controverſum eſt, an mandator teneatur mandatario præſtare caſum fortuitum, & damnum quod incurrit in executione mandati, v. g. ſi in itinere ſpoliatus eſt. Plerique RR. Juriſtæ, quos ſequuntur Ant. Perez n. 16. & VVidman n. 57. abſolutè reſpondent negativè, & habent pro ſe textum fortiſſimum in leg. 26. §. 6. ff. h. t. [Non omnia, quæ impenſurus non fuit (*Procurator*) mandatori imputabit, veluti, quòd ſpoliatus ſit à latronibus, aut naufragio res amiſerit, vel languore ſuo ſuorúmque apprehenſus quædam erogaverit. nam hæc magis caſibus, quàm mandatori imputari oportet.] Hunc textum ità generaliter ut verba ſonant, intellectum non immeritò putat Accurſius & alii, non ſatis æquitati congruere, & ideo de curialitate non eſſe ſervandum. Bartolus verò ad hunc textum notat,

Lega-

Legato ſeu ambaſiatori res vi ablatas in ipſa legatione reſtituendas eſſe ab eo cujus legatione fungitur.

681. Rectiùs alii diſtinguunt inter caſum fortuitum qui aliquo modo poterat prævideri & prudenter timeri, & inter eum, qui non poterat ità prævideri. priorem, non item poſteriorem ajunt eſſe præſtandum mandatori, quia videtur in eum tacitè conſentire. Ità antiquus gloſſator Ioannes Andreas, & Abbas Panormit. quos ſequitur P. Azorius c. 6. Habet hæc diſtinctio fundamentum in jure, quoad utrumque membrum. Et quidem ſecundum membrum probatur adducto textu. Primum verò membrum ad minimum (ut priori textui non contrarietur) colligitur ex lege *61. §. 5. ff. de furtis.* [Quod verò ad mandati actionem attinet, dubitare ſe ait (Africanus) nam æquè dicendum ſit, omnimodo damnum præſtari debere. Et quidem hoc amplius, quàm in ſuperioribus cauſis ſervandum, ut NB. etiamſi ignoraverit is qui certum hominem emi mandaverit, furem eſſe, nihilominus tamen damnum decidere cogetur. Iuſtiſſimè enim procuratorem allegare, non fuiſſe ſe id damnum paſſurum, ſi id mandatum non ſuſcepiſſet.] Hoc ipſum tamen exiſtimo, adhuc limitandum eſſe, & intelligendum ſolùm de mandato, quod nullo modo gratiâ ipſius mandatarii datum eſt, nam ſi etiam mandatarii gratiâ datum eſſet, putarem, proportione ſervatâ, minus mandatori præſtandum eſſe, quod colligo tùm ex æquitate, tùm ex verbis paulò poſt ſequentibus: [æquius eſſe, nemini officium, quod ejus cùm quo contraxit, non etiam ſui commodi cauſâ ſuſceperit, damnoſum eſſe.]

CONTROVERSIA VI.

In quo rigore fines mandati ſint Mandatario obſervandi.

SUMMARIUM.

Regula generalis in obſervandis finibus mandati. 682.
An nullo expreſſo pretio poſſit vendi minimo, vel emi maximo. eod.
Quid ſi emit viliùs, aut vendidit cariùs, quàm fuerit mandatum. 683.
An lucrum ad mandantem ſpectet. eod.
An competat actio contraria ad conſequendum pretium mandatum, ſi cariùs emit. 684.
Intellectus legis 41. ff. Mandati. *eod.*
An detur utilis negotiorum geſtorum actio ad exceſſum conſequendum. 685.
An liceat aliud pro alio agere exiſtimanti, placiturum mandanti. 686.
An connexa cenſeantur implicitè mandata. 687.
Intellectus legis 13. pr. ff. de pactis. & l. 86. ff. de ſolut. *eod.*
An qui mandat medium, cenſeatur mandâſſe finem. eod.
An mandatarius poſſet ſuas vices alteri mandare. 688.

682. REgula generalis eſt, Mandatario fines mandati ità obſervandos eſſe, ut eos neque prætergrediatur, neque deficiat, ſi quidem nec actione mandati directâ teneri, nec actione contrariâ deſtitui velit. *Inſt.* §. 8. [Is qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce! ſi quis uſque ad 100. aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fide jubere, alioquin non habebis cum eo mandati actionem.] & *l.* 5. *ff. h. t.* [Diligenter igitur fines mandati cuſtodiendi ſunt, nàm qui exceſſit, aliud quid facere videtur. & ſi ſuſceptum non impleverit, tenetur.] [Ex tali itaque tranſgreſſione ſoli mandatario poteſt præjudicari. Exemplum. Si v. g. rem minori pretio vendit, cùm non transferat in emptorem dominium, etiamſi tradat, ob defectum consenſûs in mandante Domino, poteſt mandans rem illam evincere & vindicare: quo facto tenebitur mandatarius emptori de evictione. Quòd autem dominium non transferatur habetur. *lege.* 12. *C. h. t.* paulò ſuperiùs relatâ: & *l.* 5. §. 4. *ff. h. t.* ubi limitatio additur. [Servo quoque dominus ſi præceperit certâ ſummâ rem vendere, ille minoris vendiderit: ſimiliter vindicare eam dominus poteſt, nec ullâ exceptione ſummoveri, NB. niſi indemnitas præſtetur.] ideſt, niſi pretium augeatur.

QUÆRITUR, 1. Si mandans rem vendi, vel emi, nullum pretium expreſſit, an alter ſatisfaciat mandato, ſi rem bonâ fide & juſto pretio tameſi minimo vendat, vel maximo emat. ℞. affirmativè. l. 3. §. 1, ff. h. t. [Et quidem ſi mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quidquam ſtatui, tuque emiſti, utrinque actio naſcitur.] Ratio eſt, quia nihil certi præſcribendo, fidei mandatarii, atque judicio rem reliquit.

683. QUÆRITUR 2. Utrum mandatarius mandatum impleverit, ſi rem vendendam vendidit cariùs quàm fuerit à mandante præſcriptum, vel emit viliùs, quàm mandans conceſſerit ut emeretur. ℞. Affirmativè nam in tali caſu nihil incommodi, ſed potiùs commodum conſequitur mandator, ut jam dicetur. Itaque

QUÆRITUR 3. An in tali caſu mandatarius teneatur mandanti lucrum reſtituere, nempe id quod emendo compàrſit, vel vendendo plus pretii conſecutus eſt, & quidem vi mandati, ſi quidem mandans nihil expreſsè dixit; nam ſi dixiſſet, quòd vellet contentus eſſe pretio

præ-

Digitized by Google

præſcripto, & ſi quid ultra conſequi poſſet vendeodo, id lucrum ipſius eſſet, tunc ſanè noo poſſet lucrum conſequi actione mandati, quia pactum ſervandum eſt. Reſpondetur, totum emolumentum cedere mandanti ex præſumptione voluntatis, quòd pretium v. g. ità taxaverit, ut nollet infrà vendi, vel ſuprà emi: Si tamen poſſet pluris vendi, vel viliùs emi, hnc quoque ex mandato futurum. Et hoc ſibi volunt jura, quando dicunt, quòd mandatarius poſſit cauſam mandantis facere meliorem. §. 8. *Inſt. h. t. ibi.* [Quod ſi minoris emeres, habebis ſcilicet cum eo mandati actionem, quoniam NB. qui maodat, ut ſibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandâſſe intelligitur, ut minoris, ſi poſſit, emeretur.] *& l. 5. §. ult. ff. h. t.* [Melior autem cauſa mandantis fieri poteſt, ſi cùm tibi mandâſſem, ut Stichum decem emeres, tu eum minoris emiſti, vel tantidem, vel aliud quidquam ſervo accederet, utroque enim caſu aut noo ultra pretium, aut intra pretium feciſti.] Probari etiam poſſe videtur ex eo, quòd ut ſuprà dictum eſt, Mandatarius teneatur ad exactam diligeotiam: atqui non adhiberet exactam diligentiam, ſi oblatâ occaſione cariùs vendendi, vel viliùs emeodi, id oon faceret in gratiam mandantis. ergo ſi hanc diligentiam adhibuit, ea debet mandanti prodeſſe: ergo ſi vellet in ſuum commodum vertere, poſſet actione mandati conveniri.

684. QUÆRITUR 4. Si mandatarius rem cariùs emit, quàm erat mandatum, an nulla illi competat actio mandati contraria, ſaltem ad conſequendum illud pretium, quod erat mandatum. Ad hoc reſpondet Imperator §. 8. referens diſſonantes antiquorum opiniones, his verbis. [Adeò quidem, ut Sabino & Caſſio placuerit, etiam, ſi uſque ad centum aureos (*qui erant mandati*) cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diverſæ ſcholæ auctores rectè uſque ad centum aureos te acturum exiſtimant, quæ ſententia ſanè benignior eſt.] Itaque maodatum tenebit, ſi vel mandatarius velit venditori de exceſſu ſatisfacere, vel venditor velit remittere.

Objici poſſet lex 41. ff. h. t. ubi mandanti conceditur actio, mandatario autem peoitus negatur. [Poteſt & ab una tantùm parte mandati judicium dari: nam ſi is qui maodatum ſuſcepit, egreſſus fuerit mandatum, ipſi quidem mandati judicium non competit, at ei qui mandaverit, adversùs eum competit.] Reſpondet benè VVeſemberus, vel hanc legem loqui de alio caſu, nempe quando oon res mandata, ſed ejus loco alia empta fuit. vel eſſe intelligendam, quòd non poſſit actione contrariâ coſequi exceſſum quo rem emit. Hinc tamen

685 QUÆRITUR. 5. An ſaltem mandataria concedenda ſit utilis negotiorum geſtorum actio ad exceſſum conſequendum. Affirmant, ſaltem de æquitate, Martinus Gloſſator, Io. Fabri & Hunnius *in Treutl. th. 7. litt. G. q. 17.* Reſpondendum tamen eſt negativè. Ratio eſt, quia hæc eſſet via eludendi leges negantes actionem mandatario, & quia mandans eſt rationabiliter invitus ad talem exceſſum, utpote quem in mandato prohibuit: atqui contra invitum non habet locum actio negotiorum geſtorum, ut dicetur infrà.

686. QUÆRITUR. 6. An liceat mandatario aliud pro alio, hoc eſt, loco illius quod mandatum eſt, facere, ſi exiſtimet, id magis commodo ceſſurum maodanti. v. g. accepi mandatum emendi fundum Tuſculaoum, ego verò, oblatâ occaſione, & exiſtimans utilius fore mandanti, loco fundi Tuſculani emo fundum Sempronianum. Tractatur hæc quæſtio apud Gellium *l. 1. c. 13.* Abſolutè loquendo dicendum eſt, non licere, & talem mandatarium nullam actionem mandati contrariam habiturum, etſi contra eum mandans haberet actionem maodati. Ratio eſt, quia reverà talis transgreditur fines mandati, & potiùs negotiorum geſtorem agere attentat, quàm mandatarium: neque commiſſum eſt illi, ut ſuo judicio ageret: itaque talis perinde ſe haberet, ac ſi nullum mandatum accepiſſet. Cujus rei exemplum habetur in facto Publij Craſſi Muciani, qui cùm pararet obſidere Leucas oppidum, & opus haberet firmâ ac procerâ trabe, ex qua arietem confici curaret, quo muros quateret, ſcripſit ad Magiſtrum architectonicæ Atheoieoſium, ut ex duobus malis quos apud ipſum viderat, mitteret majorem. Magiſter verò arbitratus minorem fore aptiorem ad intentum Gellij mioorem miſit. Gellius illũ vocatũ, & rationibus auditis, illis non obſtantibus juſſit veſtibus exui & virgis cedi. Hinc Iuriſconſulti tradunt, quòd Legato à Priocipe vel Republica ad negotia publica tractanda, non liceat à mandati formula recedere, quantumvis ipſe judicaret, id è re principis fore; quia periculoſum eſt, ab unius privati hominis judicio Reipublicæ negotia pendere: quod tameo intelligendum monent, niſi inſtructioni inſerta eſſet clauſula: *Reliqua tuæ prudentiæ & diſcretioni committimus.* imò & hac inſertâ tutius eſſe monent, ſi tempus & occaſio ferant, ſuper cauſa de novo incidente cooſulere Principem.

687. QUÆRITUR 7. Vtrum illi cui aliquod negotium mandatum eſt, & de aliis connexis nihil dictum, v. g. mandata eſt emptio, vel locatio, ſed nihil expreſſum de exigenda pecunia, an implicitè cenſeantur hujuſmodi connexa etiam reliqua mandata. ℞. Si negotium mandatum ſine reliquis expediri oon poteſt, utique cenſentur etiam reliqua mandata. Nam, ut Philoſophi dicunt, qui vult finem, vult media neceſſaria ad illum finem: & qui vult conſequens, vult etiam antecedens neceſſarium. Hinc inferunt ICti, quamvis Imperium mixtum

Digitized by Google

ſit à Iuriſdictione ſimplici diverſum; quando tamen Iuriſdictio non poteſt obtinere ſuum intentum ſine Imperio, cui mandata eſt juriſdictio, cenſeri etiam mandatum Imperium mixtum, *l. fin. ff. de officio ejus cui mandata eſt Juriſdictio.*

Imò extendunt, etiam ad connexa quæ quidem ſeparari poſſent, ſed communiter conſequuntur ad id quod mandatum eſt, v. g. cui emptio vel locatio eſt mandata, niſi excipiatur, cenſetur etiam mandata exactio pretii vel mercedis aut penſionis: argumento legis. *1. ff. §. 12. ff. de exercitoria act.* ubi dicitur: *vel ſi ad locandum tantùm, non ad exigendum.* quibus verbis fiebat exceptio: *ad exigendum* ergo ſi non excipitur, ſubintelligitur.

Objici tamen ſolet *lex 13. pr. ff. de Pactis, & lex 86. ff. de ſolut.* ubi dicitur, pecuniam debitam non poſſe exigi à procuratore ſeu mandatario. Sed facilè reſpondetur, ex ipſa lege conſtare, ſermonem eſſe de procuratore ad litem dato, in quo eſt ſpecialis ratio, quæ obſtat illi, quo minùs exigere poſſit pecuniā debitā, nempe quia non habet actionem Iudicati, abſurdum autem eſt (inquit lex 86.) cui judicati actio non datur, ei ante rem judicatam ſolvi poſſe. & additur. *Si tamen ad hoc datus ſit, ut & ſolvi poſſit, ſolvendo eo liberabitur.* hoc eſt, reus conventus ſatisfaciet, illi ſolvendo.

Quamvis, ut dictum eſt, qui finem mandat cenſeatur quoque media neceſſaria mandâſſe, non tamen econtrario qui mandat aliquod medium neceſſarium ad finem aliquem obtinendum, hoc ipſo etiam finē mandâſſe cenſebitur, niſi conſuetudo aliud haberet. Exemplum hujus habetur in *cap. 64. de appellationibus.* ubi procurator ad impetrandum Iudicem conſtitutus, litem tamen inſtituere non poteſt: quamvis Iudicis procuratio ſit præparatoria ad litem inſtituendam.

688. QUÆRITUR 8. An mandatarius poſſit ſuas vices alteri committere, ſeu alteri mandare id quod ſibi mandatum eſt. ad hoc jam ſuprà reſponſum eſt, diſtinguendo inter mandatarium ad lites, & mandatarium ad negotia. Prior non poteſt, ſed benè poſterior. *l. 8. §. 3 ff. h. t.* [Si quis mandaverit alicui gerenda negotia ejus, qui ipſe ſibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia & ipſe tenetur: tenetur autem, quia agere poteſt: quanquam enim vulgò dicatur, procuratorem ante litem conteſtatam facere procuratorem non poſſe, tamen mandati actio eſt: ad agendum enim duntaxat hoc facere non poteſt.] Itaque in tali caſu actio convenit principali mandatori contra illum cui ipſe mandavit, & huic econtra. Sed huic contra ſubſtitutum convenit etiam directa, non item principali: & ſubſtituto convenit contraria contra ſubſtituentem, non item contra principalem. Neque refert, quòd principalis elegerit induſtriam perſonæ, nam ſatis ei conſulitur actione directa mandati, ſi mandatarius non ſubſtituit etiam induſtrium & ſufficientem.

CONTROVERSIA VII.

Quinam ſint idonei ad mandatum dandum & accipiendum.

SUMMARIUM.

Milites prohibentur mandatum dare vel accipere conducendi res aliorum. 689.

Similiter & Curiales. eod.

Item Clerici, & Monachi, quorum tamen actus non eſſent de Iure Canonico Irriti. eod.

Item procurator ad litem non eſt idoneus Reipub. cauſa abfuturus, morbo aut aliter impeditus. 690.

Reus criminis donec crimen purget, prohibetur eſſe defenſor. eod.

An filiusfam. poſſit dare vel accipere mandatum ſolvendi pro alio. 691.

An inter patrem & filium poſſit contrahi mandatum. 692.

An mulier maritata poſſit mandare fidejuſſionem. eod.

An, ut alius pro alio fidejubeat, mandare poſſit. 693.

An cujus bona ſunt publicata, poſſit mandare eorum emptionem. 694.

689. REGULA eſt, omnem eum poſſe mandare & mandatum ſuſcipere, qui jure non prohibetur. Mandare enim, & mandatum ſuſcipere eſt ex genere permiſſorum, ſicut de aliis contractibus dictum eſt. Videndum ergo, quinam prohibeantur.

Primò ergo milites prohibentur dare mandatum vel accipere conducendi res aliorum. *l. 31. C. h. t.* [Milites noſtros alienarum rerum conductores, ſeu procuratores, aut fidejuſſores, vel mandatores conductorum fieri prohibemus, ne ommiſſo armorum uſu ad opus ruſtre ſe conferant, & vicinis graves præſumptione cinguli militaris exiſtant.] Idem habetur pluribus legibus *C. de Procuratoribus* quas referre non eſt operæ pretium, quia conſuetudo contraria prævalet.

Secundò prohibentur Curiales dare mandatum conducendi res: Curiales autem ſunt, qui Curiæ obſtricti ſunt. *l. 30. C. eod.* [Curialis neque procurator, neque Conductor alienarum rerum, neque fidejuſſor aut mandator conductoris exiſtat: alioquin nullam obligationem neque locatori neque conducto-

ri ex hujuſmodi contractu competere ſancimus.]

Tertiò prohibentur c. 1. *ne Clerici vel Monachi.* Clerici *Conductores ſecularium rerum aut procuratores eſſe*, & in fine. *Nec non & Monachis omnino contradicimus.* Priùs tamen ſe declarat Concilium Moguntinum (cujus eſt illud cap.) Monaſterii negotia benè poſſe per Monachos procurari.

Quodſi tamen contravenirent Clerici, eorum actus non viderentur Iure Canonico irritati arg. *cap.* 2. [Sacerdotibus & Clericis tuis denunties publicè, ne miniſtri Laicorum fiant, nec in rebus eorum procuratores exiſtant. Quodſi poſtea facere præſumpſerint, & occaſione ipſius adminiſtrationis propter pecuniariam cauſam deprehendantur in fraude, indignum eſt eis ab Eccleſia ſubveniri, per quos conſtat in Eccleſia ſcandalum generari.] Ex quo textu videtur aſſerendum, quod ſi negotium eſſet ejuſmodi, quod abſque ſcandalo fieri ſolet, eò quòd ipſi Clerici ſoleant hujuſmodi negotia ſuo nomine perficere, non eſſet contra Canones, ſi etiam in alterius gratiam ſuſciperentur, dummodo non quaſi ex officio & communiter in praxim & uſum deduceretur. Colligitur etiam ex eo quòd Religioſus poſſit obtentâ à ſuperioribus licentiâ eſſe executor teſtamenti, cùm cæteroquin prohibeatur c. 11. *de Teſtam. in 6.* ut ſuo loco dictum eſt.

690. Quartò, non cenſetur idoneus eſſe procurator ad litem, qui Reipublicæ causâ abfuturus eſt, aut morbo perpetuo tenetur, ut propriis rebus praeeſſe non poſſit, aut magiſtratum geſturus eſt, aut invitus judicium pati non poteſt, *l. 54. ff. de procurat.* [Neque fæmina, neque miles, neque qui Reipublicæ causâ abſuturus eſt, aut morbo perpetuo tenetur, aut Magiſtratum initurus eſt, aut invitus judicium pati non poteſt, idoneus defenſor intelligitur.]

Quintò, prohibetur re⁹ criminis eſſe defenſor, priuſquam crimen purget. *l. 6. C. de Procurat.* [Reum criminis conſtitutum defenſionem cauſæ ſuſcipere non poſſe, antequam purget innocentiam ſuam, incognitum non eſt.] Idem eſt de excommunicato. Sed de Procuratoribus ad litem, ſeu judicialibus erit alius locus agendi.

691. QUÆRITUR 1. De filio in patria poteſtate conſtituto, an poſſit dare vel accipere mandatum ſolvendi pro alio. ℞. Poſſe, ſi habeat bona, in quibus pater uſum fructum non habet. De cætero *cap. 5. de Procurato. in 6.* de filio fam. ſic habetur §. 1, & 2. [Nedum ad negotia, ſed etiam ad iudicia poteſt filius familias abſque patris aſſenſu fieri procurator. Licèt autem quis poſt decimum ſeptimum annum procurator ad negotia licitè deputetur, ad judicia tamen niſi major viginti quinque annorum fuerit, deputari nequibit.] Denique *l. 8. ff. de Procur. & Defenſ.* ſic habetur.

[Filius familias & ad agendum dare procuratorem poteſt, ſi quæ ſit actio, quâ ipſe experiri poteſt, non ſolùm ſi Caſtrenſe peculium habeat, ſed & quivis famil: ut puta injuriam paſſus, dabit ad injuriarum actionem, ſi fortè neque pater præſens ſit, nec patris procurator velit experiri; & erit jure ab ipſo filiofam. procurator datus. Ad defendendum quoque poterit filiusfam. procuratorem dare.]

692. QUÆRITUR 2. An inter patrem & filium poſſit contrahi mandatum, v. g. ſi pater filio mandaverit, ut ſolvat Titio creditori certam pecuniam, an filius ex mandato teneatur, & poſſit à patre petere actione contrariâ, quod Titio ſolvit?

℞. Affirmativè, ſi quidem ſolvat filius ex bonis propriis, & non ex profectitiis, nam ſi ex his ſolveret, non poſſet à patre repetere, quia ſolviſſet ex bonis patris.

QUÆRITUR 3. Utrum, ſi mulier matrimonio juncta mandet alicui, ut pro ſe fidejubeat, ille mandati actione teneatur, & econtra etiam mulier illi. ℞. Affirmativè. *l. 2. C. ad S.C. Vell.* ubi ratio redditur. [nam ſicut poteſt ſeipſam alteri principaliter obligare, cùm in rem ſuam ſe obſtringat, ſic etiam poteſt alteri mandatum dare, ut pro ea fidejubeat, & ſeipſam obliget creditori. Lex ſic habet. [Fruſtra Senatusconſulti exceptione, quod de interceſſionibus fæminarum factum eſt, uti tentâſti, quoniam principaliter ipſa debitrix fuiſti, ejus enim Senatusconſulti exceptio tunc mulieri datur, cùm principaliter ipſa nihil debet, ſed pro alio debitore apud creditorem ejus interceſſit. Sin autem pro creditore ſuo alii ſe obligaverit, vel ab eo ſe vel debitorem ſuum delegari paſſa eſt, hujus Senatusconſulti auxilium non habet.]

693. QUÆRITUR 4. An poſſit mulier validè mandare alteri, ut pro alio fidejubeat. ℞. Negativè, vel potiùs cum diſtinctione quæ habetur in lege 32. §. 3. *ff. ad S.C. Vell.* [Si mulier, ne ipſa intercederet, alii mandavit, ut id faceret, an in hujus perſona locus huic Senatusconſulto ſit, qui rogatu mulieris id faceret: totus enim ſermo Senatusconſulti ad petitionem non dandam adverſùs ipſam mulierem ſpectat. Et puto rem ità eſſe diſtinguendam, ut ſi quidem creditor, cui me obligari mandante muliere, hoc in fraudem Senatusconſulti egiſſet, ne ipſa interveniret contra ſenatusconſultum, daret autem alium; excludendum eum exceptione fraudis Senatusconſulto factæ. Si autem ignorâſſet, ego autem ſciviſſem, tunc mandati me agentem cum muliere excludendum eſſe, me autem creditori teneri.]

694. QUÆRITUR 5. An is, cujus bona ſunt publicata, & fiſco adjudicata, poſ-

ſit

Digitized by Google

ſit alieri mandate, ut illa bona emat. ℞. Affirmativè *l. 22. §. 5. ff. h. t.* [Is cujus bona publicata ſunt, mandare alicui poteſt, ut ea emat, & ſi emerit, utilis erit mandati actio, ſi non præſtet fidem. Quod ideo receptum eſt, quia publicatis bonis, quidquid poſtea acquiritur, non ſequitor fiſcum.]

CONTROVERSIA VIII.

Quænam exigant Mandatum ſpeciale, nec contineantur ſub Mandato Generali

SUMMARIUM.

REſtitutionis petitio requirit ſpeciale mandatum. 695.
An ſit inſerenda cauſa ſpecifica petitionis. 696.
Excipiuntur, qui habent adminiſtrationem alieni patrimonii. eod.
Accuſatio requirit ſpeciale mandatum. eod.
Contractio matrimonii: quod etiam ad ſponſalia extenditur. 697.
Remiſſio pignoris etiam ſpeciale mandatum requirit. eod.
Item obtentio Interdicti de exhibendis liberis. eod.
Item Impetratio litterarum Apoſtolicarum ad lites.
Item alienatio rerum mandantis. eod.
Item tranſactio & liberatio adverſarii. eod.
Item delatio vel præſtatio juramenti requirit ſpeciale mandatum in non habente generale mandatum. 696.
Denique exactio pecuniæ à comprocuratore generali. eod.

DIctum eſt ſuprà, aliquos eſſe caſus, qui non comprehenſi cenſentur ſub generali mandato ſimpliciter (hoc eſt ſine clauſula cum libera) facto, quos nunc breviter referam.

695. Primò itaque reſtitutio in integrum meo nomine petenda, requirit ſpeciale mandatum. Habetur *lege 25. §. 1. ff. de minorib.* [Si talis interveniat juvenis, cui præſtanda ſit reſtitutio, ipſo poſtulante præſtari debet, aut procuratori ejus, cui idipſum nominatim mandatum ſit, qui verò generale mandatum de univerſis negotiis gerendis alleget, non debet audiri.] Et de hoc eſt intelligenda lex unica *C. etiam per procuratorem, &c. Cauſam in integrum reſtitutionis, ſi qua competit, etiam per Procuratorem agi poſſe placet.* Ratio ob quam generali procuratori hoc denegetur, eſt, quia petitio reſtitutionis in integrum tendit ad invertendum factum illius qui reſtituitor: atqui procuratori abſque ſpeciali mandato non licet impugnare factum ſui principalis, ut notat gloſſa in *l. 30. ff. h. t.* Cæterùm Bocerus n. 16. & alii hoc limitant, niſi ſolùm incidenter, & non principaliter in judicium deducatur, & ità judicatum eſſe in Camera Spirenſi teſtatur Mynſinger *cent. 2. obſ. 26.* & eſt communis teſte Abbate in cap. ſuſcitata de reſtitutione in integr.

696. Quæſitum eſt, an in ſpeciali mandato reſtitutionis in integrum ſit ſpecificè inſerenda cauſa, ob quam petitur reſtitutio. Affirmant aliqui. Sed alii communiùs aſſerunt, ſatis eſſe, ſi in procurationis inſtrumento inſeratur hæc clauſula: *& ad petendam in integrum reſtitutionem conſtituens eſt talis procurator.* Nec requiri, ut cauſa tractanda ſit nominatim expreſſa, exceptis quibuſdam caſibus, qualis eſt adeundæ hæreditatis, & matrimonii: idque propter grave præjudicium quod in his caſibus ſubeſt.

Advertit tandem idem Mynſinger, Tutorem, Curatorem, Oeconomum, Prælatum, ac cæteros habentes adminiſtrationem alieni patrimonii, abſque mandato ſpeciali reſtitutionem in integrum poſtulare poſſe, nam & ſine mandato ſpeciali juramentum calumniæ præſtant, cùm tamen alioquin ſpeciale mandatum requiratur, imò ab ipſis principalibus perſonis præſtandum ſit. *l. 2. C. de Iureſurando propter calumniam.* Sed hoc aliò ſpectat. In Iure Bavarico habetur *Gerichtsordnung tit. 5. a. 17.* & in Iure Can. *c. ult. de Iuram. cal. in 6.*

Secundò, ſpeciale mandatum debet habere ille, qui ex alterius mandato volt accuſare aliquem in cauſa famæ, v. g. tutorem tanquam ſuſpectum: arg. legis 39. § *ult. ff. de procuratorib.* ibi. [Sed non facilè per procuratorem quis ſuſpectus accuſabitur, quoniam famæ cauſa eſt, niſi conſtet ei à tutore mandatum nominatim, aut, ſi etiam abſente tutore, quaſi non defenderetur, prætor erat cogniturus.]

697. Tertiò, ſpeciale mandatum requiritur ad contrahendum nomine principalis matrimonium, quod idem meritò ad ſpōſalia extenditur. *l. 34. ff. de ritu nupt. Generali mandato quærendi mariti filiæ fam. non fieri nuptias, rationis eſt,* Imò mandatum hoc non ſufficit eſſe ſpeciale quomodocunque, ſed debet verſari circa determinatam perſonam, ut patet ex ſequentibus verbis. *Itaque perſonam ejus patri demonſtrari neceſſe eſt.* Ratio eſt, non ſolùm gravitas negotii, ſed etiam, quia procurator ad nuptias contrahendas non eſt ſtrictè loquendo procurator, prout procurator diſtinguitur ab Internuntio: nam procurator ſtrictè ſumptus ità contractus celebrat, ut ipſemet actiones acquirat, & contra eum actiones dentur, quod non verificatur in internuntio, nec in contrahendo matrimonio.

Quartò requiritur ſpeciale mandatum ad remittendum jus pignoris aut hypothecæ. l. 2. §. 1. ff. *Quibus modis pig. ſolvitur.* [Videbimus, ſi procurator omnium bonorum conſenſit, vel ſervus actor, cui & ſolvi poteſt, & in id poſitus eſt, an teneat conſenſus eorum. Et dicendum eſt, non poſſe, niſi ſpecialiter hoc eis mandatum eſt.]

Digitized by Google

eſt.] Ratio eſt, quia remiſſio pignoris eſt quædam virtualis donatio & alienatio, ad quam ſpeciale mandatum requiri poſtea dicetur.

Quintò, requiritur ſpeciale mandatum ad obtinendum interdictum de liberis exhibendis *l. 30. pr. ff. de procuratorib.* ibi. [Denique ut liberi, qui in poteſtate abſentis dicuntur, ducantur, interdictum non poſſe deſiderare ait, niſi causâ cognitâ: id eſt, ſi & nominatim ei mandatum ſit, & pater valetudine, vel aliâ juſtâ causâ impediatur.]

698. Quintò, requiritur ſpeciale mandatum ad impetrandas litteras Apoſtolicas ad lites, c. 28. §. *ſunt & alii. de reſcript.* ibi. [Sancimus, ut ſi aliquis ſuper aliqua quæſtione de cætero ſine ſpeciali mandato domini litteras Apoſtolicas impetrare præſumpſerit, & litteræ illæ non valeant, & ipſe tanquam falſarius puniatur; niſi fortè de illis perſonis extiterit, à quibus non debet exigi de jure mandatum.] Nempe ex perſonis conjunctis. Cæterùm, Gregorius Tholoſanus, (& ex eo Laym. in hoc cap.) teſtatur, in Curia Romana vix aliquem hujus canonis uſum eſſe. Siquidem Procurator generalis abſque ſpeciali mandato reſcriptum ad litea impetrare poteſt nomine proprio, eo modo ac jure, quo etiam ad agendum in judicio admittendus eſt abſque ſpeciali mandato, exceptis iis cauſis quæ ſpeciale mandatum requirunt. Navarrus etiam apud eundem ait, in Romana Curia parùm curari de exceptione defectûs mandati ad impetranda reſcripta etiam ad lites.

Sextò, ad alienandas res mandantis requiritur ſpeciale mandatum. *l. 63. ff. de Procurat.* [Procurator totorum bonorum, cui res adminiſtrandæ mandatæ ſunt, res Domini neque mobiles, vel immobiles, neque ſervus (gloſſa rectè legit *Servos*) ſine ſpeciali Domini mandato alienare poteſt, niſi fructus, aut alias res, quæ facilè corrumpi poſſunt.]

Septimò, requiritur ſpeciale mandatum ad tranſigendum, & liberandum adverſarium. *l. 7. C. de Transact.* [Transactionis placitum ab eo interpoſitum, cui cauſæ actionem, non deciſionem litis mandâſti, nihil petitioni tuæ derogavit.]

699. Octavò, requiritur ſpeciale mandatum ad deferendum, vel præſtandum juramentum in eo, qui non eſt Adminiſtrator omnium bonorum. *l. 17. §. 3. ff. de Iurejurando.* [Procurator quoque quod detulit, ratum habendum eſt, ſcilicet ſi aut univerſorum bonorum adminiſtrationem ſuſtinet, aut ſi idipſum nominatim mandatum ſit, aut ſi in rem ſuam Procurator ſit.]

Nonus caſus habetur lege 47. *ff. de Procuratoribus.* [Qui duos Procuratores omnium rerum ſuarum relinquit, niſi nominatim præcepit, ut alter ab altero pecuniam petat, non videtur mandatum utrilibet eorum dediſſe.]

CONTROVERSIA IX.

Quid virium habeat Mandatum cum LIBERA.

SUMMARIUM.

Quid ſignificet & operetur clauſula: Cum libera. 700.
Æquivocatio Donelli detegitur. 701.
Intellectus legis 17. §. fin. ff. de Iurevit. & l. 11. §. fin. cum l. 12. ff. de pignor. actione. *eod.*
An mandatum cum libera: *ſe extendat ad omnia illa negotia, quæ alioquin ſpeciale mandatum requirunt.* 702.
Intellectus legis 60. §. 4. & in fine. ff. Mandati. *eod.*
An, qui unum exciperet, cenſeretur cætera cum libera *mandâſſe. eod.*
An procederet in illis quæ malâ fide agerentur. 703.
An tali mandatario liceret donationes facere. eod.
An, ſi illi ſolveretur Indebitum, poſſet repeti. 704.

700. Mandato generali aliquando additur clauſula: *cum Libera.* quæ ſignificat idem quod: *cum plena poteſtate*: ac ſi nominatim omnium negotiorum mandatum datum eſſet, prout ex legibus deinceps referendis conſtabit.

Qui habet generale mandatum ad omnia negotia abſque illa clauſula, ſolam habet bonorum adminiſtrationem. Qui verò habet *cum libera*, poteſt omnia illa, quæ veroſimiliter ipſe Dominus facturus eſſet, ſi illi occaſio offerretur, adeoque poteſt alienare, vendere, exigere æs alienum & alia, novare, ſolvere creditoribus, &c. §. 43. *Inſt. de Rer. diviſ.* [Quâ ratione ſi cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa fuerit à Domino, iſque ex his negotiis rem vendiderit, & tradiderit, faciet eam accipientis.] *l. 58. 59. ff. de Procuratorib.* [Procurator cui generaliter libera adminiſtratio rerum commiſſa eſt, poteſt exigere, aliud pro alio permutare. ſed & id quoque ei mandati videtur, ut ſolvat creditoribus.] Et aliis Iuribus præced. Contr. adductis, ubi hujus mandati ſit mentio.

701. Donellus, nihil motus Iuria textibus adeo claris, impugnat diviſionem mandati generalis in *cum libera*, & *ſine libera*. Primò, quia mandati generalis executio non poteſt eſſe niſi libera, hoc ipſo quia ſe ad diverſa extendit, utique liberè eligitur modò hoc modò illud. Sed hæc eſt æquivocatio in voce *Libera*, & aliud eſt, eſſe liberum inter diſparata, & eſſe liberum ad oppoſita; ſic qui habet præceptum naturale ſumendi cibum, liber quidem eſt ad hunc vel illum cibum, ſed non ad comedendum vel non comedendum: ſic poteſt mandatarius eſſe liber ad hunc, vel illum fundum elocandum, non tamen ad non elocandum, ſi adminiſtratio requirit locationem,

ſed neque ad vendendum, etiamſi venditio utilior videretur, quàm locatio.

Objicit 2. Sæpè in Iure comparantur inter ſe, is qui habet adminiſtrationem omnium bonorum, & qui habet mandatum ſpeciale, & quod conceditur poſteriori, conceditur priori. Ergo etiamſi adjiceretur: *cum libera*: nihil ampliùs poteſtatis conferretur: quia non poteſt mandatum eſſe magis indubitatum, quàm ſpeciale. Antecedens probatur ex *l.* 17. §. *fin. ff. de Iurejur.* [Procurator quoque, quod detulit, ratum habendum eſt, ſcilicet, ſi aut univerſorum bonorum adminiſtrationem ſuſtinet, aut NB. ſi idipſum nominatim mandatum ſit, aut ſi in rem ſuam Procurator ſit.] *l.* 11. §. *fin. junctâ. l.* 12 *ff. de pignor: act.* [Si Procurator meus, vel tutor rem pignori dedit, ipſe agere pignoratitiâ poterit: quod in Procuratore ità procedit, ſi ei mandatum fuerit pignori dare NB. vel univerſorum bonorum adminiſtratio ei permiſſa eſt ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuas pecunias accipere.] Item *l.* 12. *ff. de pactis. Nam & nocere conſtat, ſive ei mandavi, ut paciſceretur, ſive omnium rerum mearum Procurator fuit.* R. Hos omnes textus eſſe intelligendos, ut eos intellexit Bonifacius Pontifex *c.* 4. *de Procuratorib. in* 6. nempe de generali cum libera. ſic loquitur. [Qui ad agendum & defendendum ac generaliter ad omnia (etiamſi mandatum exigant ſpeciale) conſtituitur Procurator, ex vi generalitatis hujuſmodi ad aliquem articulum, in quo ſpeciale mandatum exigitur, admitti non debet. Sed ſi aliquis vel aliqui de articulis ſpeciale mandatum exigentibus ſpecificati fuiſſent, adjectâ clauſulâ generali, tunc ad non expreſſos etiam admittetur. Procurator quoque abſque ſpeciali mandato juramentum deferre, tranſigere vel paciſci non poteſt, niſi ei bonorum vel cauſæ adminiſtratio liberè ſit conceſſa.]

Objicit 3. Si mandatum *cum libera* plus conferret poteſtatis, quàm mandatum generale, ſequeretur, quòd poſſet pro libitu graſſari in bonis mandantis, ea donando, & prodigendo, &c. uno verbo, alienando, ubi non expedit. Hæc tamen objectio vix meretur reſponſum: non enim ille ſenſus eſt particulæ *cum libera*, ſed, ut poſſit bonâ fide procedere, prout judicaverit expedire mandanti, quam poteſtatem non habet generalis adminiſtrator, ſed magis reſtrictam ad puram adminiſtrationem, ſalvis Iuribus, ut ſatis ſupérque jam ſuprà declaratum eſt.

Gravior Controverſia eſt, utrum Mandatum generale *cum libera* ſe extendat ad omnia illa negotia, quæ alioquin ſpeciale mandatum requirunt, & præcedente Controverſiâ ſunt relata: ijs ſemper exceptis, in quibus Procurator potiùs habet perſonam internuntii, quàm Procuratoris ſtrictè dicti, ut eſt cauſa Matrimonii contrahendi.

702. Negativam tenent Treulerus vol. 1. *diſp.* 17. *th. litt. A.* & Nicolaus Mozzius t. 2. *n.* 56. Affirmativa eſt communiſſima, & probatur ex hactenus adductis Iuribus, in quibus ea quæ ſpeciale mandatum requirunt, etiam illi Procuratori conceduntur, qui habet mandatum *cum libera*. Sic illi conceditur deferre juramentum. *l.* 17. *ff. de Iurejurando.* jam ſuprà relatâ. Sic illi conceditur tranſactio. *l.* 58. *ff. de Procuratorib.* etiam ſuprà relatâ. Ergo idem de cæteris dicendum eſt, quia non eſt major ratio de uno, quàm de altero, prout ſatis exprimitur in formula, quæ habetur *lege* 60. §. 4. *ff. h. t.* [Concedo tibi de omnibus meis, ut vis negotiari: ſive vendere vis, ſive paciſci, ſive emere, ſive quodcunque operari, ut Domino omnium meorum: me omnia firma eſſe à te facta exiſtimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem.]

Poſſet tamen ex hoc ipſo loco objici id quod habetur in fine. *Item quæro, an cum Seius,* (qui erat Mandatarius) *Magiſtratu functus debitor exſtitiſſet, Lucius Titius* (Mandator) *eo nomine conveniri poſſit, vel res ejus obligatæ eſſent, propter verba Epiſtolæ ſuprà ſcripta. Reſpondi; neque conveniri poſſe, neque res obligatas eſſe.* Ergo tale mandatum non æquivalet ſpeciali mandato, alioquin cur non eſſent res obligatæ, quas Seius ex mandato obligaverat? Verùm, reſpondet tacitè ad hanc objectionem gloſſa, debitum Seij, de quo eſt ſermo, non fuiſſe debitum ex contractu & mandato inito cum aliis, ſed debitum ex delicto commiſſo in Magiſtratu. Baldus *in addit.* videtur intelligere, & probabiliter, de obligatione bonorum Mandatoris pro facto proprio Mandatarii, quod utique non licet, quia adminiſtratio conceditur in bonum Mandatoris, non Mandatarii.

Objicit Mozzius inſtantiam Matrimonii, ſed ad illam jam eſt reſponſum, quòd talis agat potiùs perſonam Internuntii. & ſanè ne quidem ſpeciale mandatum ſufficit, v. g. quo diceres: *committo tibi, ut mihi ducas uxorem.* Sed requiritur expreſſio perſonæ, ut ſuprà dictum. Hæc itaque non eſt, propriè loquendo, exceptio à regula generali (ut putat VVurmſerus) ſed eſt de ſubjecto non ſupponente (ut Philoſophi loquuntur) hoc eſt, verſatur in materia quæ non eſt capax Procuratoris ſtrictè ſumpti, ut ſuprà pleniùs explicatum eſt, & traditur à P. Molina *d.* 551.

Hujuſmodi Mandatum cum *libera* cenſetur facere ille, qui in generali mandato exciperet unum quod requirit ſpeciale mandatum: hoc ipſo enim cenſeretur reliqua omnia etiam in ſpecie committere, quia exceptio firmat regulam in non exceptis, & unius exceptio eſt reliquorum quæ non excipiuntur incluſio. Ità Soarcz., & Bocetus.

703. Doctrinam traditam limitant DD communiter 1. Ut non procedat in iis, quæ

dolo

Digitized by Google

dolo aut malâ fide gereret Mandatarius. & hæc limitatio habetur expreſsè in *l. 60. §. ult. cit.* ibi. [Quæſitum eſt, ſi quid non adminiſtrandi animo, ſed fraudulenter alienâſſet, vel mandâſſet, an valeret ? Reſpondi, eum, de quo quæreretur, plenè quidem, ſed quatenus res ex fide agenda eſſet, mandâſſe.]

Limitant. 2. Ut non liceat tali Mandatario donare, niſi in tali occaſione, quâ rationabiliſſimè judicaret, quòd ipſe Dominus, ſi præſens eſſet, donaret. & hoc colligitur ex *l. 7. §. 2. de donationibus.* ubi ſpecialem conceſſionem requiri, videtur ſupponi his verbis. [Item videamus, ſi quis filiofam. liberam peculii adminiſtrationem conceſſerit, ut nominatim adjiceret, ſic ſe ei concedere, ut donare quoque poſſit, an locum habeat donatio ? & non dubito, donare quoque eum poſſe.]

704. Limitant. 3. Si tali ſolveretur indebitum, poſſet repeti à ſolvente. *l. 6. §. 1. ff. de conditio: indebiti.* Verùm, hujusmodi ſolutio ne quidem ſpeciali mandato committi poteſt. & ſi facta ſit, Iure naturæ repeti poteſt, de quo actum eſt alibi.

CONTROVERSIA X.

Quibus modis Mandatum finiatur, & extinguatur.

§ I.

Quomodo finiatur Pœnitentiâ ſeu Revocatione.

SUMMARIUM.

Revocatio facienda eſt re adhuc integrâ. 705.
Diſcrimen inter Procuratorem ad Matrimonium, & alios. eod.
An re venditâ, ſed necdum traditâ poſſit, revocatione ſuperveniente, traditio impediri. 706.
Intellectus legis 1. §. 1. ff. de Except. rei vend. & trad. eod.
Intellectus legis 33. ff. de acquir. vel amitt. poſſ. eod.
An Juramento adjecto de non revocando adhuc efficax eſſet revocatio. 707.
An in omni mandato ſufficiat, ſi revocatio innoteſcat Mandatario. 708.
An poſſit Mandatarius re adhuc integrâ renuntiare abſque cauſa. 709.
Quomodo communis ſententia defendi poſſet. eod.
An Mandatarius poſſit ex certis cauſis intempeſtivè renuntiare. eod.

(o)

POſſe tam Mandatorem, quàm Mandatarium, ſervatis ſervandis, pœnitere poſt mandatum datum & acceptũ, jam ſuprà obiter indicatum eſt, & habetur §. 9. *I. h. t. Rectè quoque mandatum contractum, ſi, dum adhuc integra res ſit, revocatum fuerit, evaneſcit.* De hoc nunc pleniùs agendum, & incipiendum à Mandatore.

705. DICENDUM 1. Ut Revocatio Mandati ſit efficax ad impediendam actionem mandati contrariam in Mandatario, debet fieri re adhuc integrâ, hoc eſt antequam Mandatarius mandatum exequi cæperit tali actu, ratione cujus intereſt Mandatarii, habere actionem mandati contrariam ad ſe indemnem ſervandum, qualis eſt, ſi ſumptus aliquos fecerit. arg. legis 15. *ff. h. t.* [Si mandâſſem tibi, ut fundum emeres, poſtea ſcripſiſſem, ne emeres, tu antequam ſcias me vetuiſſe, emiſſes, mandati tibi obligatus ero: ne damno afficiatur is, qui ſuſcipit mandatum.] Ex qua lege patet, quòd non ſufficeret revocatio ſecundùm ſe, ſed debeat innoteſcere Mandatario, alioquin ejus actus valeat perinde acſi nulla revocatio facta eſſet.

Quare hîc iterum advertendum eſt ingens diſcrimen inter Procuratorem ad matrimonium contrahendum, & alios Procuratores: nam mandatum ad matrimonium contrahendum exſpirat, nullámque vim habet, ſi antequam celebretur matrimonium, mandator conſenſum revocavit, & animum mutavit, etiamſi hæc mutatio non innotuerit mandatario, ut tradunt Theologi. Apud Palao *de Sponſalib. d. 2. p. 9. n.* & habetur *c. 9. de Procur. in 6.* Imò ſimile quid invenio in *l. 7. ff. de divortiis.* [Si pœnituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, iſque per ignorantiam mutatæ voluntatis oblatus eſt, durare matrimonium dicendum: niſi pœnitentiâ cognitâ, is qui accepit ipſe voluit matrimonium diſſolvere.] Alius caſus eſt in manumiſſionis mandato, & habetur *l. 4. ff. de manumiſſis vindicta.* ibi. [Si in autem ignorante filio vetuiſſet pater per nuntium, & antequam filius certior fieret, ſervum manumiſiſſet, liber non fit.] Unde iterum apparet, talem eſſe potiùs Internuntium, quàm Procuratorem ſtrictè dictum, ut ſuprà monui, ſervitque ad ſolvendas expeditiùs objectiones ſuprà poſitas.

Ratio autem, cur re non integrâ revocari non poſſit, benè tamen re adhuc integrâ, fundatur in Regula Iuris 75. *ff. de R. I. Nemo poteſt mutare conſilium ſuum in alterius injuriam.*

706. Quæſitum eſt 1. An re venditâ, ſed necdum traditâ, poſſit revocatione ſuperveniente ſaltèm traditio impediri, quominus rectè fiat. Ad hoc reſpondet Papinianus *l. 14. ff. de Publiciana in rem act.* [Si quis prohibuit, vel denuntiavit ex cauſa venditionis tradi rem, quæ ipſius voluntate à Procuratore fuerat diſtracta, & is nihilominus tradiderit, emptorem tuebitur Prætor, ſive poſſideat, ſive petat rem. Sed quod ju-

dicio empti Procurator emptori præſtiterit, contratio judicio mandati conſequetur.] Quid clarius? Et tamen contrarium videtur aſſerere Gotifredus in gloſſa dicens: [Imò ſi Dominus denuntiavit Procuratori, ne traderet, & res tradita ſit, ei non nocebit exceptio rei venditæ.] Ad quod probandum adducit legem 1. §. 2. *ff. de Exceptione rei vend. & traditæ.* Sed facilè reſpondetur, hanc legem loqui, quando ſtatim ab initio prohibuit Dominus Mandatario, ne traderet ante ſolutum pretium. [Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vendicanti mihi rem venditam nocebit hæc exceptio, niſi probetur, me mandâſſe, ne traderetur, antequam pretium ſolvatur.] Imò exiſtimo, quòd etiam ſuperveniens mandatum de non tradendo antequam pretium ſolvatur, vim haberet, ſi nihil interſit Mandatarii, rem non tradi, antequam pretium ſolvatur, cùm non ſit obligatio ſequendi fidem emptoris. Nihil ergo obſtat hæc poſterior lex illi priori.

Minùs adhuc obſtat lex 33. *ff. de acquirenda, vel amitt. poſſ.* ubi hæredes Mandatoris poſſunt Procuratori denuntiare, ne rem venditam tradat. ℞. Venditionem factam fuiſſe ab ipſo defuncto; & Procuratori ſolùm prohibitam traditionē, quam priùs quidem mandaverat, ſed re adhuc quoad Procuratorem integrâ revocaverat. [Fundi venditor etiamſi mandaverit alicui, ut emptorem in vacuam poſſeſſionam induceret, priusquam id fieret, non rectè emptor per ſe in poſſeſſionem veniet. Item ſi amicus venditoris, mortuo eo, priusquam id ſciret, aut non prohibentibus hæredibus id fecerit, rectè poſſeſſio tradita erit. Sed ſi id feceris, NB. cùm ſciret Dominum mortuum, aut cùm ſciret, hæredes id facere nolle, contra erit.]

707. Quæres. 2. An juramento adjecto de non revocando, revocatio deinde cum perjurio facta nihilominus efficax eſſet. ℞. Affirmativè, ex eodem fundamento quo in ſimili dictum eſt, juramento non infirmari revocationem teſtamenti, videantur ibi dicta. Breviter, quia de natura mandati eſt, eſſe revocabile re integrâ, juramentum autem non mutat naturam contractûs, ſed ſolùm inducit obligationem ex religione. Ex eodem fundamento dicendum eſt, nón valiturum pactum adjectum contractui de non revocando. ut benè notavit Bartolus in ſimili *de Precario.*

708. Quæres 3. An in omni mandato ſufficiat ad illud enervandum, ſi revocatio innoteſcat mandatario. ℞. In procuratore ad lites non ſufficere, ſed inſuper neceſſe eſſe, ut innoteſcat & adverſario, & Judici, ut benè colligit gloſſa ex cap. 13. *de procurat.* [Mandato procuratoris poſt litem conteſtatam à domino revocato, ſi hoc ignorante judice vel adverſario factum fuerit, judicium, quod idem quaſi procurator poſtmodum expertus eſt, ratum eſſe debebit.] Adverto autem, requiri, ut utrique, & adverſario & Judici innoteſcat, (ut patet ex textu ponente ignorantiam disjunctivam) quod non advertens Azorius dixit ſufficere disjunctivè, ſi vel Judex vel adverſarius ſciat. Hactenus de revocatione ex parte mandatoris.

De revocatione ſeu renuntiatione ex parte mandatarii, ſic habet §. 11. *I. h. t.* [Mandatum non ſuſcipere cuilibet liberum eſt: ſuſceptum autem conſummandum eſt, aut quamprimùm renuntiandum, ut per ſemetipſum, aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam niſi ità renuntietur, ut integra cauſa mandatori reſervetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: niſi juſta cauſa intercesſerit, aut non renuntiandi, aut intempeſtivè renuntiandi.]

709. QUÆRITUR 1. An poſſit mandatarius, re adhuc integrâ, renuntiare ad libitum, abſque eo quòd juſtam cauſam habeat & allegare poſſit renuntiandi. ℞. Quamvis plerique ſupponant affirmativam, reverâ tamen, inſpectis juribus verior videtur negativa, per legem 27. §. 2. *ff. h. t.* ubi expreſſè requiritur, ut non poſſit mandatarius exequi, quod utique intelligendum eſt de impoſſibilitate morali, hoc eſt, ob difficultatem aliquam, quam ſi prævidiſſet, mandatum non acceptâſſet. [Qui mandatum ſuſcepit, ſi poteſt id implere, deſerere promiſſum officiũ non debet: alioquin quanti mandatoris interſit damnabitur. Si verò NB. intelligit explere ſe id ſocium non poſſe, idipſum cùm primùm poterit, debet mandatori nuntiare, ut is, ſi velit, alterius operâ utatur.] Et ità ſentiunt Andreas Gail *l. 1. ob. 46. n. 2. & 5.* & Bocerus *n. 67. & 68.* Vnde inferunt, quòd ſi mandator nollet approbare cauſam renuntiandi, Judex deberet de ea ſummariè cognoſcere.

Objici poſſet ex Harpprecht. Contrahentium debet eadem eſſe conditio: atqui mandatori conceſſum eſt ſemper pœnitere re integrâ: ergo & mandatario. ℞. Diſtinguendo majorem: ſi contractus æqualiter utriusque gratiam & commodum ſpectet, tranſeat, ſi principaliùs alterius, qui commodo ſuo uti non tenetur, negatur. Sic autem ſe habet mandator, & non mandatarius, cujus gratiâ non fit principaliter mandatum.

Quodſi quis communem & contrariam ſententiam ſequi velit, ad textum allatum reſpondere poteſt, eum loqui de renuntiatione intempeſtiva, quando nempe mandatum non poteſt tam facilè alteri committi, quamvis abſolutè poſſit. Itaque

QUÆRITUR 2. An ex cauſis aliquibus poſſit mandatarius etiam intempeſtivè renuntiare. ℞. Affirmativè. & hujuſmodi eſſe ſupervenientem adverſam valetudinem, inimicitias, infamationem, exilium, &c. *l. 23. & duabus ſeqq.* [Sanè ſi valetudinis adverſatiæ, vel ca-

pi-

Digitized by Google

pitalium inimicitiarum, ſeu ob inanes rei actiones, ſeu ob aliam juſtam cauſam excuſationes allegat, audiendus eſt.]

§ II.

De diſſolutione mandati per mortem alterutrius; & de aliis modis.

SUMMARIUM.

Quomodo morte diſſolvatur mandatum. 710.

Quidſi mandatarius mortem mandantis ignorans exequatur? eod.

Quidſi mandatum in tempus mortis factum eſt. eod.

Intellectus legis fin. ff. de ſolut. eod.

Quidſi in rem ipſius mandatarii mandatum factum eſt. eod.

Officium Inquiſitorum non exſpirat morte Pontificis. 711.

Nec Officium legati à latere miſſi ad Provinciam. 712.

Quidſi alius prævenit. eod.

Quidſi mandanti ſuperveniat furor, re adhuc integrâ. 713.

710. DE hoc diſſolvendi modo ſic Imperator §. 10. [Item ſi adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, id eſt, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum ſuſceperit, ſolvitur mandatum] Ratio autem eſt eadem, ob quam diximus morte ſolvi ſocietatem, nempe quia eligitur certi hominis fides, & induſtria: addo ſpecialem in mandato, quia per mortem ſolvitur amicitia, in qua fundatur mandatum.

Procedit autem aſſertio non ſolùm de morte naturali, ſed etiam de civili, ut in ſimili dictum de ſocietate.

Procedit item communiter & per ſe loquendo, nam aliqui caſus ſunt excepti, ſaltem quoad aliquos effectus, de quibus jam.

Primò itaque, ſi mortem mandantis probabili ignorantiâ ignoret mandatarius, & poſtea negotium exequatur bonâ fide, perinde eſt, acſi vivo mandante fuiſſet executus. §. 10. *I. h. t.* ibi: [Sed utilitatis cauſâ receptū eſt: ſi eo mortuo qui tibi mandaverat, tu ignorans eum deceſſiſſe, executus fuerit mandatum, poſſe te agere mandati actione: alioquin juſta & probabilis ignorantia tibi damnum afferret.]

Secundò, ſi mandatum in tempus mortis factum eſt: v. g. ut ſibi defuncto monumentum fieret; ut hæredibus ſuis aliqua res emeretur. *l.* 12. §. 17. *ff. h. t.* [Si ut poſt mortem ſibi monumentum fieret, quis mandavit, hæres ejus poterit mandati agere. Illum verò qui mandatum ſuſcepit, ſi ſuâ pecuniâ fecit, puto agere mandati. *& lege* 13. Idem eſt, ſi mandavi tibi, ut poſt mortem meam hæredibus meis emeres fundum]. In his tamen caſibus aliqui cum diſtinctione procedunt, ut legea legibus meliùs concordent: nempe ſi hæredum interſit mandatum non finiri, quòd non finiatur, ſi autem non interſit, finiatur. Ratio eſt, quia in favorem mandatarii & hæredum introductum eſt, ut morte mandantis mandatum finiatur. Si ergo potiùs hæredum intereſt, non finiri, & etiam ipſius mandantis intentio fuit ne finiretur, noluerunt jura adducta finiri.

Hoc ſenſu intelligenda eſt lex *fin. ff. de ſolut. & liberat.* quæ alioquin videri poſſet repugnantia loqui. [Ei qui mandato meo poſt mortem meam ſtipulatus eſt, rectè ſolvitur, quia talis eſt lex obligationis: ideoque etiam invito me rectè ei ſolvitur. Ei autem, cui juſſi debitorem meum poſt mortem meam ſolvere, non rectè ſolvitur: quia mandatum morte diſſolvitur.] Sed, quæſo, cur non etiam priore caſu morte diſſolvitur? Reſpondet VVurmſerus *Contr. 6. n.* 16. in poſteriore caſu ideo non rectè ſolvi, quia morte mandantis ſolvitur mandatum, & intereſt hæredum, ut ipſis potiùs ſolutio fiat à *Creditore* (volebat ſcribere, *Debitore*) mandantis, quàm mandatario. Priore verò caſu lex obligationis facit, ut poſt mortem mandantis ſolvi poſſit mandatario, quia obligatio in eo incæpit, & ſic radicata eſt, ut ea mandatario etiam invito mandante fieri queat. Ità ille. Puto ſubintelligendum, quòd ſtipulatio facta ſit adhuc vivo mandante, ſed in tempus mortis ejuſdem, & ità format caſum gloſſa. alioquin idem dicendum eſſet in priore quod in poſteriore caſu, quia etiam hæredum intereſſet, ipſis potiùs ſolvi quàm mandatario.

Tertiò, volunt communiter Interpretes non ſolvi mandatum morte mandantis, quando in rem ipſius mandatarii mandatum factum eſt, ſeu quando conſtitutus eſt procurator in rem ſuam, dummodo ſine hærede decedat mandans. Afferuntur varia jura, in quibus ego non ſatis apertè id conſtitutum invenio, eſt tamen rationabile, ut ſic paris conditionis ſint mandans & mandatarius.

711. Quartò, Officium Inquiſitorum quamvis ſit à Romano Pontifice demandatum, non extinguitur ipſius Summi Pontificis obitu; & hoc favore Religionis & fidei. textus apertus in *cap.* 10. *de hæret. in* 6. [Ne aliqui dubitationem ſolicitam excitantes in dubium revocent, an officium Inquiſitionis hæreticæ pravitatis ſollicitudini veſtræ intra certos limites ab Apoſtolica ſede commiſſum, expiret per mortem Romani Pontificis, qui commiſit. Præſenti declaratoria edicto, ipſum officium non ſolùm quoad negotia vivente mandatore incepta, ſimò etiam quoad integra & non cæpta, & quod plus eſt,

quantùm ad ea, quæ tunc nequaquam emerſerant, in favorem fidei poſt commitentis obitum perdurate.]

712. Quintò, non exſpirat per mortem Pontificis officium Legati à latere, miſſi ad aliquam provinciam. *c. 2. de off. leg. in 6.* ibi. *Præſenti declaramus edicto, commiſſum ſibi à Prædeceſſore noſtro Legationis officium nequaquam per ipſius obitum exſpiràſſe.*

Denique Romanus *Conſ.* 119. & Covarruvias *l. 1. var. reſol. c. 14. n. 16.* docent, non exſpirare morte mandantis mandatum factum in favorem cauſæ piæ. Sed quo jure id aſſerant, ignoro.

Illud hìc non eſt omittendum, quando morte mandantis vel mandatarii executio plena mandati intercidit, pro ea parte quæ executioni mandata jam eſt, mandati actionem perdurare. *l. 58. ff. h. t.* [Si præcedente mandato Titium defenderas, quamvis mortuo eo, cùm hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversùs hæredem Titii competere: quia mandatum morte mandatoris non etiam mandati actio ſolvitur.] Et hæc de modo ſolvendi per mortem.

Alii modi conſtant ex dictis de diſſolutione aliorum contractuũ, ut ſi mandatum ſit conditionatum, vel ad diem, deficiente conditione, vel elapſo die finitur.

Finitur etiam, ſeu evaneſcit, quando alius prævenit, & illud præſtitit, quod mandatum erat. *l. 8. §. 6. ff. h. t.* ibi. [Cæterùm ſi eundem hunc fundum ego ipſe emi, vel alius mihi, neque intereſt aliquid, ceſſat mandati actio.]

713. Finitur denique furore mandanti ſuperveniente, re adhuc integrâ. *l. 47. ff. de acquir. hæred.* [Qui ſervum ſuum hæredem inſtitutum adire juſſerat, priusquam ille adiret, furioſus eſt factus, negavit, rectè ſervum aditurum, quoniam non niſi voluntate domini acquiri hæreditas poteſt, furioſi autem voluntas nulla eſt. *& l. ſeq.* Si quis alicui mandaverit, ut ſi exiſtimaverit, peteret ſibi bonorum poſſeſſionem, & poſtquam ille petiit, furere cœperit, nihilominus acquiſita eſt ei bonorum poſſeſſio. Quodſi antequam ille petat, is qui mandavit petendam, furere cœperit, dicendum non eſt, ſtatim ei acquiſitam bonorum poſſeſſionem: igitur bonorum poſſeſſionis petitio ratihabitione debet confirmari.]

CAPVT VII.

DE CONTRACTV COMMODATI, ET PRECARIO.

Abſolutis Contractibus nominatis Bonæ fidei, qui ſolo conſenſu perficiuntur, accedimus ad illos Contractus qui re perfici dicuntur, & primo loco de Commodato, ac ob ſimilitudinem etiam de Precario. De Commodato eſt in Digeſtis *titulus 6. lib.* 13. & in Codice *titulus* 23. *lib.* 4. In Inſtitut. non extat titulus ſpecialis, ſed de eo habetur §. 2. *Quibus modis re contrahatur obligatio.* De Precario eſt in Digeſtis *tit.* 26. *lib.* 43. & in Cod. *titulus 9. lib.* 8. In Iure Canonico de Commodato eſt tit. 15. lib. 3. Extat quidem etiam titulus de Precariis lib 3. tit. 14, Sed ut alibi monui, non accipitur hic pro *precario* ut eſt contractus civilis, ſed in ſingulari dicitur Precaria, quæ eſt contractus Iure civili incognitus, ſed à Canonibus introductus, quo prædii Eccleſiaſtici uſusfructus remunerationis ergo alicui roganti conceditur ad certum tempus.

CONTROVERSIA I.

Quid, & quotuplex ſit Commodatum. ubi: quid Iuris quando duobus eadem res commodatur.

SUMMARIUM.

Commodati Etymologia. 714.

In

In Germania unde colligendum, quòd contractus ſit potiùs commodatum quàm mutuum. eod.
Definitio Commodati. 715.
Aliud eſt rerum mobilium, aliud immobilium. 716.
Aliud eſt tantùm gratiâ commodatarii, aliud gratiâ ejus qui dat, aliud gratiâ utriuſque. eod.
Si eadem individua res duobus commodetur, quomodo ſinguli obligentur. 717.
Intellectus legis 21. §. 1. ff. Commodati. eod.

714. COMMODATI Ethymologia ſecundùm Azonem & alios gloſſatores derivatur ab eo, quod eſt *commodo datum alteri.* & gratis ad eo utendum certo modo.

Obſervandum autem hic eſt pro Germania, quòd in hoc Idiomate *Commodatum* & *Mutuum* eodem vocabulo captimantur: *Entlehnen.* Unde ad hoc ut colligatur, an fuerit celebratus contractus mutui, an commodati, attenditur materia. Si enim materia eſt fungibilis, ut pecunia numerata, vinum, ſrumentum, &c. vel quodcunque conſiſtens in pondere, numero aut menſura, tunc celebratum cenſetur mutuum, & eſt translatum dominium rei traditæ. Si verò res non ſit fungibilis, ut equus, domus, fundus, liber, &c. rurſus attendendum eſt, an gratis detur ad certum uſum, vel an pro alio: ſi primum, erit commodatum: ſi ſecundum, iterum videndum eſt, an id quod datum, poſſit habere rationem mercedis, & quidem in aliquorum ſententia, ut ſuo loco dictum, ſola pecunia poteſt habere rationem mercedis, & conſtituere locationem conductionem, in aliorum autem ſententia etiam aliæ res fungibiles, & tunc erit locatio conductio; ſi in re non habente rationem mercedis, erit contractus innominatus, *facio ut des.* v. g. indulgeo tibi equum ad tot dies, ut des mihi talem librum.

715. Definitur communiter. [Contractus re initus, nominatus, juris gentium, bonæ fidei, quo res gratis, certum ad uſum eâ lege conceditur, ut eadem ipſa in ſpecie finito uſu reſtituatur.] Colligitur hæc definitio ex ſequentibus Iuribus. Quòd ſit contractus nominatus, habetur ex lege 7. §. 1. *ff. de pactis.* [Conventiones Iurisgentium quæ pariunt actiones, in ſuo nomine (*i. e. pacti.*) non ſtant, ſed tranſeunt in proprium nomen contractûs: ut emptio, &c. commodatum.] Quòd ſit re initus habetur §. 2. *I. Quib. mod. re.* [Item is, cui res aliqua utenda datur, id eſt, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione.] Quòd ſit bonæ fidei habetur §. 28. I. de act. ubi inter actiones bonæ fidei enumeratur actio commodati. Quòd gratis fiat, habetur in fine §. 2. cit. ibi. [Commodata autem res tunc propriè intelligitur, ſi nullâ mercede acceptâ vel conſtitutâ res tibi utenda data eſt. Gratuitum enim debet eſſe Commodatum.] Per ſequentia definitionis verba diſtinguitur à Depoſito, Pignore, Precario, Mutuo, ut ex dicendis in decurſu conſtabit. Hinc Trentlerus poſt Cujacium non abhorret concedere, poſſe *Commodatum* dici Mutuum ad uſum (quatenus idem in ſpecie (hoc eſt individuo) eſt reſtituendum) & econtra mutuum poſſe dici Commodatum ad *Abuſum*, quia conſiſtit in re quæ ipſo uſu conſumitur, & ſolùm in eodem genere eſt reſtituenda. Unde patet, non eſſe inconveniens, quòd Germanico Idiomate uo em vocabulo utamur.

716. Dividitur commodatum pluribus modis, qui tamen in ſequentibus controverſiis magis declarabuntur. Primò, ratione materiæ, aliud enim eſt rerum mobilium, aliud rerum imobilium: nam etiam in rebus imobilibus conſtitui poteſt. Deinde aliud eſt rerum corporearum, aliud rerum incorporearũ, ut ſervitutũ, vectigalia, &c.

Dividitur 2. Ratione finis. Nam aliud eſt tantùm gratiâ commodatarii; aliud gratiâ ejus tantùm qui dat, ut ſi quis commodet aliquid ſponſæ, vel uxori, quo comptior & ornatior ad eum deducatur. aliud gratiâ utriuſque. Exempla afferentur in decurſu.

Tertiò, dividitur ratione temporis. Aliud enim fit ad certum tempus expreſſum, ut ſi commodetur equus ad unum diem. Aliud ad certum tempus ſed cum aliqua latitudine: ut ſi commodes mihi librum ad deſcribendum.

Quartò, dividitur in Commodatum, quo una individua res uni ſoli commodatur, & aliud quo res individua duobus vel pluribus commodatur. Quo caſu

717. QUÆRITUR quomodo ſinguli obligentur. Dicendum eſt, obligari ſingulos in ſolidum, v. g. ſi duobus commodetur vehiculum: quilibet eorum poterit actione commodati in ſolidum conveniri. Sed uno convento ſi præſtet quod debet, alter liberatur: ſingulis etiam convenit furti actio. prout eleganter explicatur *l. 5. §. 15. ff. h. t.* [Si duobus vehiculum commodatum ſit, vel locatum ſimul, Celſus ſcripſit, quæri poſſe, utrum unuſquiſque eorum in ſolidum, an pro parte teneatur. Et ait, duorum quidem in ſolidum dominium vel poſſeſſionem eſſe non poſſe, nec quenquàm partis corporis Dominum eſſe, ſed totius corporis pro indiviſo pro parte dominiũ habere (*Philoſophi dicerent, partialitate ſuppoſiti, non objecti*) uſum autem balnei quidem, vel porticûs, vel campi uniuſcujuſque in ſolidum eſſe, neque enim minus me uti, quòd & alius uteretur. Verùm in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me uſum habere: quia non omnia loca vehiculi teneam, ſed eſſe verius ait, & dolum & culpam & diligentiam & cuſtodiam in totum me præſtare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur: & ſi alter conventus præſtiterit, liberabit alterum: & ambobus competit furti actio, ut alterutro agente alterius actio contra furem

furem tollatur.] Conſtat etiam ex dictis de duobus correis, ubi regula generalis traditur, quòd ſinguli in ſolidum teneantur & æquè principaliter.

Huic tamen certæ doctrinæ objici poteſt 21. §. 1. *ff. h. t.* ubi ponitur caſus talis. [In exercitu contubernalibus vaſa utenda communi periculo dedi: ac deinde meus ſervus ſubreptis his ad hoſtes profugit, & poſtea ſine vaſis receptus eſt. Habiturum me commodati actionem cum contubernalibus conſtat pro cujuſque parte.] Ergo non in ſolidum. Reſpondetur communiter, fuiſſe conventum, ut inter commodatarios periculum divideretur, & colligitur ex illis verbis, quòd *communi* periculo fuerint vaſa commodata. Sicut ergo, quando periculum ſociis commune eſt, inter eos dividitur, ità etiam de commodatariis dicendum. Cæterùm niſi it conveniatur, ſinguli in ſolidum tenebuntur, quia non gaudent beneficio diviſionis quo gaudent correi fidejuſſores, qui pro ſe reciprocè fidejuſſerunt, quibus indulgetur (certis caſibus exceptis) beneficium diviſionis in Novella 99. c. 1. & Authentica inde ſumpta *Hic ità. C. de duobus reis ſtipulandi.* quæ ſuo loco adducta eſt.

CONTROVERSIA II.

Quinam poſſint activè & paſſivè inire contractum Commodati.

SUMMARIUM.

Minor ſi abſque tutoris aut curatoris auctoritate commodato dedit, non obligatur. 718.

Si accepit, non niſi in quantum locupletior factus eſt. eod.

Datur tamen adverſùs illos actio ad exhibendum, & rei vindicatio. 719.

Minori tamen alius commodans obligatur. eod.

An ſubſiſtat commodatum factum libero tanquam ſervo. 720.

An ſervus poſſit invito domino res domini commodare. eod.

An malæ fidei poſſeſſor poſſit acquirere actionem commodati. 721.

An Vſufructuarius poſſit commodare Vſumfructum, Vſum, habitationem. eod.

An Vxor poſſit commodare res mariti non conſentientis. eod.

718. QUÆRITUR 1. An pupillus abſque tutoris auctoritate (idem eſt de Minore Curatorem habente, Prodigo, & furioſo) poſſet aliquid commodato dare aut accipere cum aliquo Iuris effectu.

DICENDUM 1. Si aliquid commodato dedit, non obligatur. *l.* 1. §. *fin.* [Impuberes commodati actione non tenentur: quoniam nec conſtitit commodatum in pupilli perſona ſine tutoris auctoritate, usque adeo, ut etiamſi pubes factus dolum aut culpam admiſerit, hac actione non teneatur, quia ab initio non conſtitit.] Itaque cùm generaliter contrahere non poſſint, hoc ipſo commodatum contrahere non poſſunt, nam commodatum eſt contractus, ut præced: contr: dictum.

DICENDUM 2. Si commodatum accipiant impuberes, vel minores curatorem habentes abſque auctoritate tutoris aut curatoris, non obligantur, niſi in quantum locupletiores effecti ſunt. *l.* 3. *pr. ff. h. t. ſed mihi videtur (ait Vlp.) ſi locupletior pupillus factus ſit, dandam utilem commodati actionem ſecundum D. Pii reſcriptum.*

719. DICENDUM 3. Tametſi non detur adverſùs pupillos actio commodati, datur tamen actio ad exhibendum, & rei vindicatio: ſicut & contra furioſum. *l.* 2. *ff. h. t. Nec in furioſum commodati actio danda eſt, ſed ad exhibendum adverſùs eos dabitur, ut res exhibita vindicetur.*

DICENDUM 4. Si pupillo aliquid commodato datum eſt ad certum tempus, aut ad certum aliquem uſum, obligatur commodans, ut non revocet ante tempus, aut uſum completum. Conſtat ex alibi dictis tract. 8. nempe, quòd tales Contractos claudicent, quatenus alius obligatur pupillo, nec tamen illi pupillus, niſi de dolo.

720. QUÆRITUR 2. An ſubſiſtat commodatum factum homini libero, (qui mihi bonâ fide ſerviebat) tanquam ſervo. ℞. Si ille homo fuit gnarus ſuæ conditionis, ſubſiſtit contractus. *l.* 13. §. 2. *ff. h. t.* [Si libero homini, qui mihi bonâ fide ſerviebat, quaſi ſervo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem: nam & Celſus filius aiebat, ſi juſſiſſem eum aliquid facere, vel mandati cum eo, vel præſcriptis verbis experiri me poſſe. Idem ergo & in commodato erit dicendum.] Quodſi objicias, deeſſe intentionem ex parte domini putatitii, cùm putet eſſe ſervum, cum quo ſcit non poſſe à ſe iniri contractum, reſpondetur ingenioſè, verbis ſequentibus. [Nec obſtat, quòd non hac mente cum eo qui liber bonâ fide nobis ſerviret, contraheremus, quaſi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit, ut extra id, quod ageretur, tacita obligatio naſcatur: veluti cùm per errorem indebitum ſolvendi causâ datur.]

QUÆRITUR 3. Vtrum Servus poſſit, invito Domino res Domini tui commodare. Ad hoc reſpondetur affirmativè in *l.* 14. *ff. h. t.* [Si ſervus meus rem meam tibi, ſcienti nolle me tibi commodari, commodaverit, & commodatis, & furti naſcatur actio, & præterea condictio ex cauſa furtiva.]

Dices: Conſenſus commodantis videtur deeſſe in hoc caſu, nam principalis commodans, utpote cui competit actio directa, eſt Dominus, hic

Digitized by Google

hîc autem, ut ponitur, eſt invitus. Ergo contractus eſt nullus. ℞. Etſi conſenſus non adſit, ut ſervus det alteri rem, poſito tamen quòd contra hanc voluntatem ſervus det, Dominus conſentit, ut res ſit commodata, quia hoc expedit illi. Quodſi adhuc contradiceret, quia mallet rem non eſſe commodatam (quia fortè vult ipſe uti, vel alteri commodare, vel quia timet aliquod damnum à tali Commodatario, &c.) tunc contractus eſſet nullus. quia invitus non poteſt obligari.

721. QUÆRITUR 4. An malæ fidei poſſeſſor poſſit commodare, ità ut acquirat ipſe actionem commodati. Ad hoc reſpondetur affirmativè in lege 15. & 16. *ff. h. t.* *Commodare poſſumus etiam alienam rem, quam poſſidemus: tametſi ſcientes alienam poſſidemus: ità ut etſi fur, vel prædo commodaverit, habeat commodati actionem.*

QUÆRITUR 5. An qui habet Servitutem uſusfructûs, usûs, habitationis, poſſit commodare. Reſpondent Interpretes communiter affirmativè. Ità Bartolus & Baldus aliique in legem 1. *ff. h. t.* ubi §. 1. in fine dicitur, etiam habitationem commodari poſſe.

QUÆRITUR 5. An uxor poſſit commodare res viri ſui, eo neſciente, ſeu non conſentiente. ℞. Poſſe, ità tamen, ut ſi vir prohibuerit, & res perierit, ex dote compenſetur. *l. 24. §. 6. ff. ſoluto Matr.* [Si uxor viri rem commodaverit, eáque perierit, videndum, an compenſationem hoc nomine pati poſſit, & puto, ſi quidem prohibuit eam maritus commodare, ſtatim deductionem fieri: ſi verò non prohibuit eam commodare, arbitrio Iudicis modicum tempus ei indulgeri cautionem præbenti.] Quæ ultima verba ità accipit Menochius *lib. 2. de arbitr. Iud. c. 15.* indulgendum eſſe modicum tempus, ut commodatum repetat, & reſtituat.

CONTROVERSIA III.

Quænam Res poßint eſſe Materia Commodati.

SUMMARIUM.

AN Res etiam immobiles poſſint commodari. 722.
An Res uſu conſumptibiles. 723.
An Res incorporales. 724.

722. DICENDUM 1. Non tantùm Res mobiles, quæ uſu non conſumuntur, ſed etiam immobiles poſſunt eſſe materia commodati. quamvis de hoc fuerit antiquitus dubitatum, ut habetur *l. 1. §. 1. ff. h. t.* ibi. [Inter *Commodatum* autem, & *utendum* datum Labeo quidem ait, tantùm intereſſe, quantùm inter genus & ſpeciem: commodari enim rem mobilem, non etiam ſoli utendam dari etiam ſoli. ſed ut apparet, propriè commodata res dicitur, & quæ ſoli eſt, idque & Caſſius exiſtimat.] Inquit Vlpianus.

723. DICENDUM 2. Res uſu conſumptibiles, ut pecunia, &c. propriè non ſunt materia commodati, ſi conſiderentur in ordine ad illum uſum ad quem communiter dantur, & ex ſua natura dari petunt: poſſunt tamen dari per accidens, quatenus poſſunt ſervire ad pompam & oſtentationem. Ità *lege 3. §. ult. cum lege ſeq. ff. h. t.* *Non poteſt commodari id, quod uſu conſumitur, niſi fortè ad pompam, vel oſtentationem quis accipiat. Sæpè etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut* dicis *gratiâ numerationis loco intercedant.* Quaſi diceret, (inquit gloſſa) accipi pecunias, ut quis dives appareat, ne creditores ſint acerbi, dum putant, citò ſolvi ſibi poſſe. Hinc multi putant eſſe legendum *Ditis* loco *Dicis*. Sed Alciatus improbat hanc lectionem, eò quòd nullibi legatur in ſingulari *Ditis* pro *Divitis*. Ipſe ergo putat eſſe legendum *Dantis*. Sed hanc litem Grammaticalem alii componant. Quidam Iuvenis, ut refert Schneidewein ad allegatum §. *Is qui Inſtit.* hujusmodi commodato accepto conatus eſt inducere puellam ad matrimonium, oſtendendo pecunias commodato acceptas propinquis puellæ.

724. DICENDUM 3. Etiam res incorporales, maximè Servitutes, ab eo, qui Ius illud habet commodari poſſunt, nempe ad certum tempus alteri eam accommodando, prout ex *l. 1. §. 1. in fine*, dicitur de Habitatione. *Vivianus ampliùs etiam* habitationem *commodari poſſe ait.* de qua Viviani opinione videtur dubitâſſe Vlpianus in lege 17. *pr. ff. de præſcriptis verb.* dum ait: *Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere poſſim. Vivianus ait poſſe. Sed eſt tutius* (ſubjungit Vlpianus) *præſcriptis verbis agere.* Aliqui ut Harpprecht, exiſtimant, Vlpianum ſubdubitâſſe, an poſſit res incorporalis commodato dari. Gloſſa tamen ait, ideo tutius eſſe uti præſcriptis verbis, quia cùm uſus domûs non eſſet deſignatus, erat dubium, an eſſet Commodatum, vel Precarium.

CONTROVERSIA IV.

Quænam culpa in hoc Contractu cavenda ac præſtanda ſit.

SUMMARIUM.

Commodatarius tenetur ad culpam leviſſimam, ſi ejus ſolius utilitas ſpectatur. 725.

Quid ſi res in relutione ſeu remiſſione pereat. eod.

Si utriusque utilitas ſpectetur, ad levem culpam tenetur. 726.

De ſola lata culpa, ſi ſolius commodantis utilitas ſpectatur. 727.

Quid ſi commodans non rogatus offert Commodatum. eod.

IN hoc puncto procedendum eſt conformiter Regulæ ſæpiùs indicatæ, quæ jubet attendi, cujus gratiâ ſit initus contractus. Et quia controverſ. 2. dictum eſt, hunc contractum aliquando, & quidem communiter ac regulariter, ſpectare utilitatem ſolius Commodatarii, aliquando, & rariùs commodum utriusque, rariſſimè verò commodum ſolius commodantis, ideo

725. DICENDUM 1. Quando ſolius Commodatarii utilitas & commodum ſpectatur, tenetur is ad cavendam culpam leviſſimam, adeoque ad adhibendam diligentiam exactiſſimi patrisfamilias, etiamſi in rebus ſuis longè minorem, & fortè nullam adhibeat. *l.* 5. §. 2. [Nunc videndum eſt, quid veniat in Commodati actione, utrum dolus, an & culpa, an verò & omne periculum, &c. Commodatum autem plerumque ſolam utilitatem continet ejus, cui commodatur, & ideo verior eſt Quinti Mutii ſententia, exiſtimantis, & culpam præſtandam, & diligentiam.] Hinc autem

Infertur, quòd ſi res commodata dum refertur ad commodantem, perierit, periculum ad Commodatarium pertineat, qui non idoneum hominem ad referendum elegerit. *l.* 10. §. 1. *in fine junctâ lege ſeq.* ibi. [Sed &, ſi dum refertur, periit, ſi quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meũ erit, ſi verò ipſe cui voluit, commiſit, æquè culpam mihi præſtabit, ſi NB. ſui causâ accepit, qui non tum idoneum hominem elegerit, ut rectè perferri poſſit.] Cenſetur tamen Commodatarius extra culpam eſſe, ſi tali rem perferendam committat, cui nulla mali inſidet ſuſpicio, & quem Dominus ſolitus eſt ad hujusmodi negotia adhibere. arg. legis 20. ff. h. t. [Argentum commodatum, ſi tam idoneo ſervo meo tradidiſſem ad te perferendum, ut non debuerit quis æſtimare futurum, ut à quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum non meum detrimentum erit, ſi id mali homines intercepiſſent.]

Conclusionem etiam expreſſit Imperator in §. 2. *l. loc. cit.* [At is qui utendum accepit, ſanè quidem exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare jubetur, nec ſufficit ei tantam diligentiam adhibuiſſe, quantam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, ſi modò alius diligentior poterat eam rem cuſtodire.]

726. DICENDUM 2. Si utriusque, & commodantis, & Commodatarii utilitas in contractu quæſita eſt, tunc non niſi levis culpa (multò magis lata & dolus) præſtatur. *l.* 18. *pr. ff. h. t.* ubi exemplum ponitur. [At ſi utriusque veluti ſi communem amicum ad cœnam invitaverimus, túque ejus rei curam ſuſcepiſſes, & ego tibi argentum commodaverim, ſcriptum quidem apud quosdam invenio, quaſi dolum tantùm præſtare debeas (*cui culpa lata comparatur*) ſed videndum eſt ne & culpa (*i. e. levis*) præſtanda ſit: ut ità culpæ fiat æſtimatio, ſicut in rebus pignori datis, & dotalibus æſtimari ſolet.]

727. DICENDUM 3. Si Commodatoris tantùm gratiâ commodatum acceptum ſit, de dolo & lata ſaltèm culpa commodatarius tenebitur. Exemplum eſt in *l.* 5. §. 10. *ff. h. t.* [Interdum planè dolum ſolum in re commodata, qui rogavit, præſtabit, ut puta, ſi quis ità convenit: vel ſi ſuâ duntaxat causâ commodavit, ſponſæ fortè ſuæ, vel uxori, quo honeſtiùs culta ad ſe deduceretur: vel ſi quis ludos edens Prætor ſcenicis commodavit, vel ipſi Prætori quis ultrò commodavit.] Exemplum magis obvium eſt, ſi quis Juriſperito libros commodaret, ut inde cauſæ ſuæ patrocinium gratis ſuſciperet, aut conſilium conciperet.

Quæres. Quid ſi commodans non rogatus, ſed ultrò offert commodatum, an adhuc commodatarius tenebitur ad culpam levem aut leviſſimam, ſecundùm concluſionem primam & ſecundam? Reſpondet Sichardus citans Bartolum negativè, & vult, ſolùm teneri ad culpam latam præſtandam, & videntur habere fundamentum in textu immediatè relato, in ultimis verbis: *Vel ipſi Prætori quis ultrò commodavit.*

CON-

CONTROVERSIA V.

Utrum Commodatarius aliquando teneatur de caſu fortuito; ubi de æſtimatione rei per moram deterioratæ.

SUMMARIUM.

PEr ſe regulariter non tenetur Commodatarius de caſu fortuito, 728.
Pacto tamen poteſt teneri. 729.
Quid ſit ſpeciale in Iure Bavarico. eod.
Quid ſi uno caſu expreſſo adjiciatur univerſale pactum, quouſque ſe extendat. 730.
Ob moram tenetur de caſu fortuito, ſi res non fuiſſet eodem modo peritura apud Dominum, 731.
Quandonam Commodanti concedatur jurare in litem æſtimando rem ſecundùm tempus rei judicandæ, 732.
Cujus ſit damnum, ſi res ex intrinſeco vitio per uſum conceſſum deterioretur. eod.
Si res commodata fuit æſtimata, an voluerit ſe obligare Commodatarius ad caſum fortuitum. eod.
Quando Commodatarius tenetur ad æſtimationem, ad quod tempus ſit æſtimatio referenda. 733.
Rejicitur inane quorundam diſcrimen, inter rem fieri deteriorem, & viliorem. eod.
Intellectus variarum legum, quibus dicitur, litis conteſtatæ tempus ſpectari. 734.
Quomodo poſſit committi mora, antequam perveniatur ad Judicem. 735.
Quomodo poſſit perveniri ad Judicem, quin aliqua mora præceſſerit. eod.
Solvuntur adverſariorum argumenta. 736.
Intellectus legis 11. ff. de re judic. 737.
Intellectus legis 3. §. 3. ff. de actionib. empti. eod.
Intellectus legis 3. §. ff. Commodati. eod.

728. DICENDUM 1. Per ſe & regulariter loquendo, non tenetur Commodatarius de caſu fortuito, ſi is caſus non ipſius culpâ evenit. Ità habetur in ſæpè *cit.* §. 2. *Inſt.* & *l.* 5. §. 4. *ff. h. t.* [Quod verò ſenectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum eſt, aut quid ſimile accidit, dicendum eſt, nihil eorum eſſe imputandum ei qui commodatum accepit: niſi aliqua culpa interveniat. Proinde, & ſi incendio, vel ruinâ aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, niſi fortè, cùm poſſit res commodatas ſalvas facere, ſuas prætulit.] Sed de hoc ultimo plura infrà. Idem habetur *l.* 18. *pr. ff. h. t.* [in rebus commodatis talis diligentia præſtanda eſt, qualem quisque diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet; ità ut tantùm eos caſus non præſtet, quibus reſiſti non poſſit.] Et paulò pòſt. *Si cui ideo argentum commodaverim, quòd is amicos ad cœnam invitaturum ſe diceret: & id peregrè ſecum portaverit: ſine ulla dubitatione etiam piratarum, & latronum, & naufragii caſum præſtare debet.* Ratio eſt, quia in tale periculum commodans non conſenſit, ſicut conſentiret, ſi commodatum dediſſet ad hunc finem, ut ſecùm peregrè acciperet, ut in eadem lege dicitur.

729. DICENDUM 2. Pacto tamen poteſt in ſe recipere periculum caſûs fortuiti, ut habetur *l.* 1. *C. h. t.* ibi. [Sed cùm is, qui à te commodari ſibi bovem poſtulabat, hoſtilis incurſionis contemplatione periculum amiſſionis, ac fortunam futuri damni in ſe ſuſcepiſſe proponatur, Præſes Provinciæ ſi probaverit, eum indemnitatem tibi promiſiſſe, placitum conventionis implere eum compellet.] Et hæc quidem procedunt de Iure communi.

Jus Bavaricum in hoc puncto aliquantò plùs favet Commodanti, nec permittit illum totum caſum fortuitum ſuſtinere, etiamſi nihil in pactum deductum ſit. Nam *L. R. tit.* 17. *a.* 1. ſtatuitur, quòd Commodatarius abſente omni culpâ, nihilominus eatenus teneatur præſtare caſum fortuitum, ut ad damni ſubſecuti juſtum tranſactionis remedium arbitrio Iudicis ineundum compelli poſſit. Quia verò Statuta Provincialia ſunt ſtrictæ interpretationis, ideò hoc ſtatutum non eſt extendendum ad Precarium, quia non debet recedi à Iure communi ampliùs, quàm verba ſonant. Neque etiam eſt extendendum ad Commodatum in utriusque gratiam, multò minùs in gratiam ſolius commodantis factum.

730. Quæres. Si in pacto exprimatur caſus ſpecialis v. g. incendium, adjiciatur tamen particula univerſalia: v. g. *Recipio in me periculum incendii, & quorumcunque aliorum caſuum*: an ad omnes omnino caſus extendat. Reſpondet Sichardus ad *l.* 1. *C. h. t.* n. 8. in fine, quòd illa clauſula generalis adjecta ſpeciebus expreſſis, debeat intelligi de aliis, ſcilicet paribus, vel minoribus, non autem de caſibus majoribus; qui eſt, inquit, pulcher effectus dictionum *& alia*, vel: *& cætera.* quia cætera debent eſſe ſimilia expreſſis. Ego tamen optarem, ut hic auctor explicaret illam majoritatem caſuum, in quo conſiſtat. Certè qui ſe obligat ad caſum incendii, & alios omnes, cenſetur ſe ad minimum obligare ad illos caſus, quorum eſt majus periculum. Itaque aliter reſpondendum puto, & dico, quòd ad illos caſus ſolùm ſe extendat pactum, qui ſunt æquè ſuſpicabiles, ac qui in ſpecie nominatus eſt, & non ad illos, qui ſunt ità rari, ut à nemine prudenter timeantur, prout in ſuperioribus dixi, & pro exemplo adduxi terræ motum.

731. DICENDUM 3. Si Commodatarius eſt in mora reſtituendi, & tunc caſu fortuito res perit, non peritura eodem caſu apud commodantem, ſi reſtituta fuiſſet ſuo tempore, periculum eſt Commodatarii, tenetúrque caſum fortuitum præſtare. Idem eſt, ſi Commodatarius utatur alio

alio modo, quàm fuerit conceſſum, & exinde incidit in caſum fortuitum, in quem non incidiſſet, ſi uſus fuiſſet modo conceſſo. Ità ſupponitur in *cap. un. de Commod.* [Cùm gratiâ ſui tantùm quis commodatum accepit, de leviſſima etiam culpa tenetur: licèt caſus fortuitus (niſi acciderit culpâ ſuâ, vel intervenerit pactum, ſeu in mora fuiſſet) ſibi non debeat imputari. Contra eum quoque rectè commodati non agitur, niſi poſt uſum expletum, cujus gratiâ res fuerit commodata.] Ex Iure Civili attuli textum in Concluſ. 1.

732. DICENDUM 4. Quando commodatarius dolo aut contumaciâ rem non reſtituit, & inde res perit, aut deterioratur, etiam caſu fortuito, tunc conceditur commodanti, ut poſſit jurare in litem, æſtimando rem ſecundùm tempus rei judicandæ. *l. 3. §. 2. ff. h. t. In hac actione, ſicut in cæteris bonæ fidei judiciis ſimiliter in litem jurabitur, & rei judicandæ tempus, quanti res ſit, obſervatur, quamvis in ſtricti, litis conteſtatæ tempus ſpectetur.* Quod quomodo intelligendum, dicetur controv. ſeq. in reſponſ. ad 1. & 7. object.

DICENDUM 5. Si res commodata ex intrinſeco vitio, accedente uſu conceſſo, deterioretur, aut pereat, damnum eſt commodantis. Caſus ponitur in lege *fin. ff. h. t.* (nec ità pridem contigit) [Si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum: ſi nullâ culpâ tuâ interveniente, in ipſo itinere deterior equus factus ſit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem ſuſtinere non potuit.]

Dubium eſt, ſi res commodata fuit æſtimata, an hoc ipſo cenſeatur commodatarius ſe obligare voluiſſe ad caſum fortuitum. Affirmant nobiles Canoniſtæ, quos refert Azor, & Civiliſtæ quos videtur ſequi Harpprecht n. 34. Fundant ſe in *l. 5. §. 3. ff. h. t.* ſed textus iſte non probat intentum, & intelligi poteſt, quòd ad æſtimationem ſolvendam ſe obliget commodatarius, ſi culpâ ſuâ pereat. [Etſi fortè res æſtimata data ſit, omne periculum præſtandum ab eo, qui æſtimationem ſe præſtaturum recepit.] vel ſi loquitur de caſu fortuito, requirit pactum expreſſum.

Itaque Ioannes Andreas, Panormitanus & alii diſtingunt. Vel æſtimatur res æſtimatione faciente emptionem venditionem, vel non. Si primum, tunc tenetur ſolvere æſtimationem, etiam ſi caſu fortuito pereat, quia æſtimatio faciebat, ut in caſum & eventum quo periret, haberetur pro vendita tanto pretio. Secus in ſecundo caſu, in quo æſtimatio ſolùm ad hoc adjicitur, ut certum pretium ſciatur, pro caſu quo vel dolo vel culpâ periret, & ne dominus ſeu commodans teneatur rei valorem apud Iudicem probare.

Sed reſtat Controverſia, quando æſtimatio non fuit taxata à contrahentibus, quomodo poſtmodum ſit taxanda, hoc eſt, ad quodnam tempus ſit referenda æſtimatio in illis caſibus, in quibus commodatarius ob culpam & moram tenetur ad æſtimationem, eò quòd res fuerit deteriorata, abſque dolo tamen & contumacia: quo caſu jam dictum eſt, poſſe jurari in litem.

733. DICENDUM 6. Cum communiore Interpretum ſententia, æſtimationem ad id tempus referendam eſſe, quo res à tempore moræ, etiam extrajudicialis quanti plurimi valuerit, atque in optimo ſtatu fuerit. Ità poſt alios Huunius var. reſol. *tr. 3. p. 2. q. 2.* & Harpprecht *n. 64.* Probatur 1. ex *lege 8. ff. de condict. furtiva.* [Si ex cauſa furtiva res condicatur, cujus temporis æſtimatio fiat, quæritur. Placet tamen id tempus ſpectandum, quo res unquam plurimi fuit, maximè cùm deteriorem rem dando non liberetur, ſemper enim moram facere fur videtur.] Hinc autem fit argumentum à fortiori. Iudicia bonæ fidei ſunt pinguiora & magis faventia actori, quàm quæ ſunt ſtricti juris. Sed in condictione furtiva, quæ eſt ſtricti juris, æſtimatio fit eo modo quo dicitur in concluſione: ergo etiam in commodato, quod eſt bonæ fidei: & in quo ratio eadem militat, nempe quia ſicut fur, ità & commodatarius rem deteriorem reddendo non liberatur, quia abſolutè loquendo non reddit rem quàm commodato acceperat. l. 3. ff. h. t. [Si reddita ſit res commodata, ſed deterior reddita, non videtur reddita, quæ deterior redditur.]

Porrò ex hac ratione præcluditur effugium quorundam, dum ajunt, non valere argumentum à cauſa furtiva ad commodatum, quia in odium furum conſtitutum putant id, quod dicitur de æſtimatione ad tempus quo res plurimi valebat, referenda. Præcluditur, inquam, quia non affertur in lege odium furum pro motivo, ſed, quia rem deteriorem reddendo non liberatur, & quia eſt in mora: ergo deterioratio & mora ſunt ratio motiva, & in odium moræ ac culpabilis deteriorationis æſtimatio refertur ad tempus quo res plurimi eſt: quæ ratio etiam in commodato procedit, ut patet.

Probatur deinde ratione concluſio. Mora Commodatarii ex qua res deterior, aut vilior facta eſt, non debet nocere commodanti, ut per ſe lumine naturæ notum eſt. Arqui ſi non referretur æſtimatio ad tempus, quo res poſt moram plurimi fuit, per ſe loquendo obeſſet: ergo. Minor probatur, quia potuiſſet dominus rem illo tempore diſtrahere majori pretio: ergo niſi hæc conditio compenſetur, obeſt illi mora.

Hinc iterum præcluditur aliud effugium aliorum adverſariorum, qui ſubtilizant diſtinguendo inter hæc duo: *Rem reddi deteriorem: & rem reddi viliorem.* Ergo ex eo quòd commodatarius

Digitized by Google

rarius debeat compenſare deteriorationem, non benè infertur (inquiunt) quòd debeat compenſare decrementum valoris. Hoc, inquam, præcluditur, quia ideo debet compenſare deteriorationem, quia alioquin obeſſet commodanti mora. Sed etiam ſi decrevit valor, mora obeſſet eidem. Ergo eſt par utrobique ratio. Quin imò ut eleganter & acutè notavit Hunni⁹, rem fieri vitioſiorem, reverà eſt fieri deteriorem extrinſecè. Nam, inquit, ſi bonitas rei duplex eſt, extrinſeca, & intrinſeca, ut fatentur plerique diſſentientium, ſequitur ex natura oppoſitionis, quòd deterioratio rei itidem ſit duplex: & ſicut bonitas extrinſeca conſiſtit in æſtimatione (*ut dixi in tract. de Mutuo*) ità quoque deterioratio quædam conſiſtat in imminutione æſtimationis: adeoque res intelligatur deterior facta, cùm valor & æſtimatio decreverit. Ità ille.

Confirmatur ratio modò adducta. Moroſus debitor tenetur reſtituere etiam fructus qui percipi potuiſſent à tempore moræ, ut fatentur adverſarii, & alibi dictum eſt ex *l. 2. & 38. §. 7. ff. de Uſur.* atqui ratio cur fructus ſint reſtituendi, etiam urget pro compenſatione decrementi valoris. Nam ut dictum eſt, alioquin non habet creditor, quod habuiſſet, aut habere potuiſſet, ſi mora abſuiſſet.

Confirmatur iterum Concluſio à pari ex Condictione triticiaria: de qua lege 3. *ff. eod.* habetur. [In utroque (*id eſt tam tempore condemnationis quàm tempore mortis*) ſi poſt moram deterior res facta ſit, Marcellus ſcribit, habendam æſtimationem, quanto deterior res facta ſit. Et ideo ſi quis poſt moram ſervum eluſcatum dederit, nec liberari eum: quare ad tempus moræ in his reducenda erit æſtimatio.] Nunc ad argumenta adverſariorum reſpondendum eſt.

734. Objiciunt ergo 1. Varios juris textus, quibus æſtimatio refertur ad litis conteſtatæ tempus *l. 22. ff. de reb. creditis. l. fin. ff. de condict. trit., l. 3. ff. commodati. l. 37. §. 1. ff. Mandati.* quas leges jam alibi adduxi, & reſpondi, in hujuſmodi legibus, in quibus dicitur, litis conteſtatæ tempus ſpectari, non hoc ſignificari, quòd ad litis conteſtatæ tempus, præciſo priori omni tempore, ſit examinandus rei valor, ſed aſſignari hoc tempus tanquam terminum ultimum illius temporis, intra quod res æſtimari poteſt, & non ultrà. Poteſt tamen cum Cujacio & Hunnio etiam aliter reſponderi, æſtimationem in ſtrictis judiciis ad tempus litis conteſtatæ referri, niſi jam priùs fuerit mora culpabilis commiſſa poſt extrajudicalem interpellationem à creditore factam: & licèt hoc in adductis textibus generaliter loquentibus non exprimatur, reſtringuntur tamen per legem 37. §. 1. *ff. mandati.* quem proinde adverſarii ineptè, in cauſæ ſuæ præjudicium adducunt, ſic enim habet. [Aliter in ſtipulatione ſervatur. Nam tunc id tempus ſpectatur, quo agitur: niſi fortè NB. aut per promiſſorem ſteterit, quominus ſuâ die ſolveret, aut per creditorem, quominus acciperet: etenim neutri eorum fruſtratio ſua prodeſſe debet.]

735. Quæres 1. Quomodo poſſit committi mora antequam perveniatur ad judicem. ℞. Quando elapſo tempore monetur ut reſtituat, & non reſtituit, nec habet cauſas relevantes, quibus excuſetur à reſtituendo.

Quæres 2. Quomodo poſſit perveniri ad Judicem, quin aliqua mora præceſſerit, prout fieri poſſe ſupponitur in adducta lege, quod tamen eſt captu difficile: nam ideo convenitur apud Judicem, quia non reſtituit, cùm deberet. Ad hoc jam alibi reſpondi, poſſe hoc, etſi rarò, contingere, ut tempus interpellet pro creditore, nec opus ſit interpellatione aliâ. Quinimò etiam interpellatus non ſtatim eſt in mora, ſi habeat cauſas relevantes.

Denique hodierno jure non eſt ampliùs neceſſe, interpellari debitorem priuſquam ad judicem eatur, & ſic patet, quomodo poſſit ad Judicem perveniri, non commiſſa priùs morâ, quia ſine interpellatione regulariter mora non contrahitur.

736. Objicit Ant. Faber 2. Æſtimatio ſemel cæpta deberi ſecundùm certum tempus, omnes alias æſtimationes excludit, quæ aliis inſpectis temporibus conſtitui poſſunt: quia, ut ſemel tantùm id debetur, quod non niſi ſemel poſitum eſt in obligatione, ità non niſi unius præciſè temporis ratio haberi poteſt in ea æſtimanda. ℞. Vel ego fallor, & Fabrum non intelligo, vel hæc Fabri ſubtilitas eſt nimia, quia impugnat omnes leges, quæ æſtimationem ad aliquod tempus indeterminatum, ſeu cum aliqua amplitudine & latitudine aſſignant æſtimationi, quales tamen dari nemo negat. Negatur ergo ſuppoſitum argumenti. Nam æſtimatio reſpicit plura tempora disjunctivè, & quodvis ſub conditione: ſi eo tempore plurimi fuit. Exemplum eſt in actione ex *l. aquilia de damno injuriâ dato*, ubi condemnatio fit: *quanti ea res in eo anno plurimi fuerit.*

Objiciunt 3. Creditor citiùs litem conteſtando potuiſſet impedire, ne res per moram deterior redderetur. Ergo debet ſibi imputare deteriorationem. Si ergo mora ante litis conteſtationem purgetur, offerendo ſolutionem, non erit à tempore moræ facienda æſtimatio. Quod ſi mora non fuerit purgata, non eſt tamen mora præcedens curanda, quia mora commiſſa per litis conteſtationem non eſt negligenda. Reſpondet optimè Hunnius, cuivis integrum & liberum eſſe, quando velit jus ſuum in judicio proſequi: ergo non poteſt culpæ imputari, quòd non ſtatim egerit. Neque hoc modo negligitur mora per litis conteſtationem contracta: ſi enim tunc res plurimi erit, illud tempus obſervabitur: ſin

Digitized by Google

minus, obſervabitur tempus moræ extrajudicialis.

Objiciunt 4. Non debet actori licere, quod reo non licet, atqui reo non licet recuſare æſtimationem rei ſecundùm tempus litis conteſtatæ, & velle ſolvere ſecundùm tempus moræ, ſi hoc tempore res vilior eſt, & illo tempore carior. Ergo nec actori debet licere ſolutionem exigere tempore moræ, ſi tunc pretium rei eſt carius. ℞. Negando majorem in ſenſu quem adverſarii intendunt. Actori enim licet illam ſolutionem exigere, ſine qua non ſervaretur indemnis, ſed pateretur nocumentum à mora alterius, contra Reg. Iuris 155. *Factum cuique ſuum non adverſario nocere debet.* econtra reus ſeu moroſus debitor non habet jus ſeſervandi indemnem à ſua mora.

Objiciunt 5. Fructus & acceſſiones pro tempore moræ extrajudicialis non ſunt à moroſo debitore ſolvendæ, *l.* 38. §. 7. *ff. de Vſuris.* ergo nec incrementum valoris. ℞. Negando conſequentiam: nam incrementum valoris non venit nomine fructuum aut acceſſionum, ſed pertinet ad rei ſubſtantiam: unde ſi valor rei adhuc exiſtentis crevit, adhuc tota res reſtituenda eſt, etiamſi nulla mora interceſſerit.

757. Objiciunt 5. Ex eo tempore quælibet res æſtimanda eſt, quo noviſſimè ſolvi potèſt *l.* 11. *ff. de re Iudic.* atqui hoc tempus eſt tempus litis conteſtatæ. Ergo, &c. ℞. Diſtinguo majorem. Si tunc plurimi eſt, concedo, ſecus nego. nec hoc pugnat cum lege cit. quæ ſic habet. [Si calendis aliquid fieri ſtipulatus ſim, nempe quandocunque poſt calendas accepto judicio, tanti tamen æſtimanda lis eſt, quanti
NB. interfuit meâ calendis id fieri, ex eo enim tempore quidquid æſtimatur, quod noviſſimè ſolvi poterit.]

Objiciunt 6. Ex lege 3. §. 3. *ff. de actionib. empti.* ubi expreſsè fit moræ mentio, & tamen in æſtimatione nulla fit illius mentio, ſed ſolùm temporis quo res fuit vendita, & litis conteſtatæ ſub disjunctione. Sic habet. [Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore plus vinum fuit, vel quo vænit (*i. e. venditum eſt.*) vel quo lis in condemnationem deducitur: item quo loco pluris fuit: vel ubi venit, vel ubi agatur.] Reſpondet optimè Hunnius, hinc potiùs confirmari noſtram ſententiam. Nam quando hîc dicitur inſpiciendum eſſe tempus contractûs initi, perinde eſt, acſi tempus moræ inſpiciendum diceretur: quandoquidem hoc loco tempus contractûs cum tempore moræ idem eſt: quia in emptione ſtatim ubi venditor pecuniam accepit, in mora conſtituitur, ut ſuo loco probatum eſt. ut proinde in dicta lege 3. §. 3. dicatur, tempus moræ durantis uſque ad tempus condemnationis irrogandæ ſpectandum eſſe, quandonam res plurimi ſit.

Quodſi quis malit per illa verba *quo vænit* cum quibuſdam intelligere, *qua res vendita tradenda eſt*: Adhuc reſponſio tota procedit, nempe moram durare à tempore neglectæ traditionis uſque ad condemnationem.

Objiciunt 7. Ex lege 3. §. 2. *ff. commodati* ubi actore in litem jurante æſtimatio refertur ad tempus rei judicandæ. Ad hoc reſpondi in ſolutione primæ objectionis, hoc tempus aſſignari tanquam terminum. Poteſt etiam reſponderi, aliud eſſe, quando res non judicis arbitrio æſtimatur, ſed ex affectu actoris. Actor autem debet rem æſtimare ſecundùm affectum præſentem, quando eſt facienda debitoris condemnatio.

Omitto referre quaſdam alias leges, quæ facilè poſſunt explicari, quod loquantur in caſu, quo res per moram non eſt facta vilior aut deterior.

CONTROVERSIA VI.

Vtrum in Commodato locum habeat Compenſatio.

SUMMARIUM.

Tempore præfinito res commodata in ſpecie reſtituenda eſt per ſe loquendo. 738.
An poſſit rem commodatam retinere commodatarius titulo compenſationis. 739.
An poſſit loco pignoris retinere titulo expenſarum refundendarum. eod.
Paritas Commodati cum Depoſito. 740.
Compenſatio tantùm habet locum in fungibilibus. 741.
Intellectus legis fin. C. de Compenſat. 742.
Intellectus legis 18. §. 4. ff. Commodati. *eod.*

738. Certi juris eſt, quòd Commodatarius obligetur per ſe loquendo rem commodatam reſtituere tempore præfinito, & quidem in ſpecie (ſeu individuo) non ex culpa deterioratam. Dixi per ſe loquendo: nam an per accidens poſſit excuſari à reſtitutione videndum eſt.

DUBITATUR ergo imprimis, an poſſit rem commodatam retinere in compenſationem alicujus debiti. Affirmant plures, quos ſequitur Hunnius var. reſol. *tr.* 3. *p.* 3. *q.* 4. & ex Theol. Azor *c.* 7. *q.* 7. Alii ſimpliciter negant, quorum ſententia abſolutè vera eſt; videntur tamen ambæ opiniones diſtinctionis fœdere concordari poſſe.

739. DICENDUM mihi videtur, quòd ſi res commodata adhuc in ſe exſtet, ac reſtitui poſſit, non eſſe locum compenſationi. Si verò in ſe non poſſit ampliùs reſtitui, ſed eſt reſtituenda æſtima-

æſtimatio illius, vel ſi quidem reſtitui poteſt, ſed non niſi deteriorata, dominus tamen vult ſibi rem ipſam reſtitui, unà cum compenſatione deteriorationis, tunc ratione æſtimationis & deteriorationis poſſe fieri compenſationem alterius debiti ejuſdem rationis, v. g. ſi debeatur pecunia ex vendito, & æſtimatio etiam ſolvenda eſſet in pecunia. Hanc conciliationem non videntur reipſa Auctores recuſare, ut patet ex ſolutionibus quas adhibent textibus juris objici in utramque partem ſolitis.

Probatur ergo Concluſio quoad 1. partem ex textu apertiſſimo *legis 4. C. h. t. Prætextu debiti reſtitutio commodati non probabiliter recuſatur.* Mirabilis eſt ad hunc textum reſponſio Iacobi Cujacii & Ioannis Borcholt, nempe in textu mendum eſſe, & pro *Commodati* legendum *Commendati*, id eſt *Depoſiti*, in quo fatentur non eſſe locum compenſationi. Verùm, ſi ibi de Depoſito voluiſſent loqui Imperatores, non debuiſſet hic textus ſub Rubrica *Commodati*, ſed *Depoſiti* poni. Accedit, quòd nullum exemplar impreſſum, imò nec manu ſcriptum poſſint hi Iuris Correctores adducere pro ſua Iuris correptelâ, & hoc adhuc ineptiùs excuſent, attribuendo Iuris ſeu Codicis compilatoribus incuriam, quòd non advertentes ad lectionem *Commendati*, legentes *Commodati* aberraverint à Rubrica.

Aliorum reſponſiones eò tendunt, ut probent ſecundam partem concluſionis, & tandem admittant compenſationem ſolummodo, quando æſtimatio eſt loco rei ſolvenda. Ità reſpondet Hunnius cum Donello, Reſcriptum allegatum accipiendum ſic eſſe, quòd regulariter compenſatio locum non habeat in Commodato propterea, quia ſicut in commodatum ſemper ſpecies deducitur, ità quoque ex commodato regulariter ſpecias, quamdiu ſalva NB. integra & incorrupta ſupereſt, debeatur. Nos verò (inquit Hunnius) eo ſaltem caſu in commodato compenſationem admittendam eſſe contendimus, quo non ipſa ampliùs ſpecies ſupereſt, ſed aut planè interiit, aut deterior reddita eſt, ſic, ut loco ejus æſtimatio præſtari debeat. Ità ille, & ego cum illo, ſed quia regulariter res aliter contingit, ut ipſe fatetur, potiùs abſolutè dicendum eſt, Compenſationi locum non eſſe, quàm, eſſe.

In idem recidit reſponſio Hottomanni, qui nodum in ſcirpo quærit, dum ait, allegatum textum non loqui de Compenſatione, ſed de Retentione, v. g. per modum pignoris, & hanc ait, non illam prohiberi. Retentionem verò idcirco putat in commodato locum ſibi non vendicare, cum quòd retentio illa naturæ contractûs *commodati* repugnet: ſiquidem naturalis *commodati* lex eſt & conditio, ut res ad certum utenda modum accipiatur, eóque expleto reſtituatur. Atqui retinendo pro pignore uſus intervertitur, & commodatarius commodato abutitur. At, inquit, cur compenſatio potiùs in commodato quàm retentio admittatur, ratio eſt, quia cùm compenſatio dicitur in cauſa commodati locum ſortiri, id ad eos caſus NB. referri debet, quibus commodata res ad æſtimationem, ac proinde ad quantitatem redigitur. Ità ille. & nihil contra nos, quia hoc eſt ſecundum membrum concluſionis.

Illud tamen non debebat Hottomannus adeò illimitatè aſſeruiſſe, quòd retentioni loco pignoris nunquam ſit locus. Reverà enim eſt locus, quando à Commodatario expenſæ factæ ſunt extraordinariæ, quæ à Commodante ſunt reſtituendæ, ut interim retineri poſſit res commodata, ut dicetur.

740. Probatur concluſio 2. à pari, imò à fortiori. In depoſito fatentur omnes, non eſſe locum compenſationi. atqui eſt par, imò major ratio in commodato. Ergo minor probatur. In depoſito perfidia eſt ratio denegandi, & ne ſub prætexto compenſationis domini depoſito defraudentur: hæc ratio etiam procedit in commodato, & præterea eſt major ratio, cur commodatario denegetur, nam Commodatarius accipit beneficiũ, Depoſitarius nullum accipit, ſed confert: ergo ſi alterutri eſſet concedenda compenſatio, potiùs depoſitario, quàm commodatario concedenda eſſet.

Probatur 3. Nemo invitus cogitur rem ſuam emere vel vendere, ut certi juris eſt, & ſuo loco traditum. Atqui ſi loco rei commodatæ poſſet reddi pecunia quaſi per acceptilationem, nempe remittendo debitum pecuniarium, & loco illius retinendo v. g. equum commodatum, in effectu idem eſſet, ac ſi equus pro illo debito venderetur. Econtra ſi in caſu quo debetur æſtimatio, poſſet fieri compenſatio remittendo obligationem tradendi tibi equum, cogeretur in effectu emere equum. v. g. Petrus commodatarius vellet compenſare æſtimationem libri deperditi cum equo, quem tibi debet reſtituere Paulus commodator, Paulus in effectu cogeretur emere equum. Ergo in his caſibus, & hoc modo non eſt æquum poſſe fieri compenſationem.

741. Probatur 4. Compenſatio non habet locum niſi in rebus fungibilibus: atqui commodatum per ſe loquendo non poteſt fieri in fungibilibus, ut ſuprà dictum, & omnes concedunt. Ergo in Commodato non poteſt per ſe loquendo eſſe locus compenſationi. Major conſtat ex *l. 4. C. de Compenſat.* unde etiam confirmatur ſecunda pars concluſionis. [Si conſtat, pecuniam invicem deberi, ipſo jure pro ſoluto compenſationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates.] Videantur quæ dixi *tract. 8. cap. 2. controv. 4. §.* ubi de compenſatione egi, & de commodato in ſpecie, *n. 161.* Porrò ſecunda

Digitized by Google

cunda pars probabitur argumentis adverſariorum. Iraque

742. Objiciunt 1. Et præcipuè ex *l. finali C. de Compenſat.* ubi dicitur, in ſola depoſiti actione compenſationem objici non debere. ℟. Legem non negare, quòd etiam ſint alii caſus, in quibus compenſatio locum non habet extra depoſitum, ut ipſi adverſarii fatentur in Commodato, quando res commodata adhuc extſtat: & aliis caſibus, de quibus dictum in loco cit. Sed lex ità habet prope finem. [Hoc itaque Iudices obſervent, & non procliviores ad admittendas compenſationes exiſtant: nec molli animo eas ſuſcipiant: ſed jure ſtrictò utentes, ſi invenerint, eas majorem & ampliorem expoſcere indaginem, eas quidem alii judicio reſervent, litem autem priſtinam jam penè expeditam ſententiâ terminali componant: *exceptâ actione depoſiti*. ſecundùm noſtram ſanctionem, in qua nec compenſationi locum eſſe diſpoſuimus.] Totum ergo argumentum quod ex hoc textu formari poteſt, eſt à ſenſu contrario, quia nempe de depoſito dicitur, de aliis non dicitur. Atqui ut ipſi adverſarii in ſeacentia aliis occaſionibus inculcant, argumentum à ſenſu contrario tunc ſolùm vim habet, quando non eſt textus quo aliud exprimatur. In noſtra verò controverſia adeſt textus clarus, ut vidimus. Neque etiam refert, quòd in §. 30. *Inſt. de act.* dicatur: *exceptâ ſolâ Depoſiti actione.* Subintelligendum enim eſt: & ubi eſt par vel major ratio: qualis eſt in commodato. Nam reverà qui rem commodat, etiam aliquo modo deponit, & alterius curæ ac cuſtodiæ commendat, quamvis non hoc unicè agat, ſed inſuper uſum concedat, ob quod non debet commodans eſſe pejoris conditionis, quàm deponens, ſed potiùs melioris; & econtra commodatarius, utpote qui beneficium accipit, non debet eſſe melioris conditionis quàm depoſitarius. Quomodo autem intelligenda ſint prima verba legis, quibus dicitur; ex omnibus actionibus compenſationes fieri, dicam infrà cap. ſeq. de depoſito, Contr. 8.

Poſſet etiam objici ex lege 18. §. 4. *ff. h. t.* ubi dicitur. *Quod autem contrario judicio, quo ſequi quiſque poteſt, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, poteſt ſalvum habere jure penſationis.* Senſus eſt; ſi commodatarius poteſt actione commodati contrariâ conſequi v. g. expenſas factas, poteſt eaſdem conſequi jure compenſationis, ſi conveniatur à commodante, actione directâ. ℟. Hoc ſolùm procedere in caſu de quo loquitur ſecunda pars concluſionis.

Poſſet denique objici ex lege 15. §. fin. & lege 59. ff. de furtis, in quibus habetur, quòd commodatarius rem commodatam ob impenſas quas fecit in re commodata, poſſit retinere. ℟. poſſe quidem commodatarium retinere rem commodatam pignoris loco ob impenſas factas: ſed negatur hanc retentionē eſſe compenſationem: Nam pignus eſt reſtituendum, quando ſolutione debiti liberatur. Sed quod compenſatione retinetur, non reſtituitur.

CONTROVERSIA VII.

An obligetur Commodatarius ſalvare res commodatas præ propriis, ſi ambæ ſalvari non poſſunt, & ad quas expenſas teneatur.

SUMMARIUM.

Quandonam præſumeretur dolus in commodatario, ſervante res proprias & non commodatas. 743.
Quid ſi res commodatæ ſunt viliores, nec poſſunt unà cum propriis ſervari. 744.
Quid ſi commodum utriuſque vel ſolius commodantis. 746.
Quid ſi res commodatæ ſunt æquè pretioſæ ac commodatarii. 747. *& ſeq.*
Quid ſi ſint pretioſiores. 749.
An illis ſervatis poſſit compenſare jacturam propriarum. 750.
Ad quem ſpectent expenſæ factæ circa rem commodatam à commodatario. 752.

743. DICENDUM 1. Si commodatarius in caſu naufragii v. g. aut incendii ſalvaret omnes ſuas res, pretioſas æquè ac non pretioſas, non autem ſalvaret res commodatas, imò & precariò acceptas, imò & commodatas præcisè in commodum ipſius commodantis, meritò præſumeretur, & de facto à iure præſumitur commiſiſſe, vel dolum, vel latam ſaltem culpam, adeoque damnaretur, ſicut depoſitarius, ad æſtimationem rerum commodatarum reſtituendam. niſi hanc Iuris præſumptionem contrariâ probatione enervaret. Probatur ex cap. *Bona fides.* 2. *de Depoſito. Bona fides abeſſe præſumitur, ſi rebus tuis ſalvis exiſtentibus depoſitas amiſiſti.* & ex lege 5. §. 4. *ff. Commodati.* in fine. ibi. *Non tenebitur, niſi fortè cùm poſſit res commodatas ſalvas facere, ſuas prætulit.* Præſumitur autem prætuliſſe ità, ut commodatas planè neglexerit, ſalvaturus etiam ſi propriæ fuiſſent.

744. DICENDUM 2. Si res commodatæ ſunt viliores, quàm res propriæ, & non poſſunt ambæ conſervari, poteſt tamen alterutra, licitum eſt Commodatario ſalvare proprias, poſthabitis commodatis. Ità Theologi communiter omnes. Probatur 1. ex principiis alibi poſitis. Nemo tenetur ſubire jacturam rerum ſuarum majorem, ad cavendam alterius jacturam minorem, quando nec ex ſpeciali pacto ſe ad hoc obligaverit, nec ex præcedente delicto & injuria con-

contraxerit obligationem reſarciendi damnum alteri datum, prout expoſitum eſt in tract. 2. de cauſis excuſantibus ab obligatione reſtituendi. atqui in caſu controverſiæ adeſt neceſſitas, ut vel caveam meam jacturam majorem, vel alterius minorem: ergo poſſum cavere meam, poſthabitâ jacturâ alienâ.

Probatur 2. A priori & ex natura contractûs. Qui præſtat diligentiam exactiſſimi patrisfamilias, ad nihil tenetur commodanti, niſi ſe ſpecialiter etiam ad caſum fortuitum obligâſſet: atqui in caſu disjunctivæ neceſſitatis ſalvandi, vel pretioſiora, vel viliora, ad diligentiam exactiſſimam ſpectat, ſalvare pretioſa relictis vilioribus: ergo hoc faciendo caret omni culpâ: ergo ad nihil tenetur.

745. DICENDUM 3. Si commodatum factum eſt in ſolius Commodatarii commodum, tunc in tali caſu tenetur Commodatarius, ſi res commodatas poſthabuit ſuis pretioſioribus, earum pretium refundere commodanti. Ità P. Molina *d. 296. n. 6.* Probatur. Talis Commodatarius tenetur res commodatas conſervare etiam cum æquali rerum ſuarum jactura, quia hanc diligentiam requirit natura contractûs, ut eâdem curâ ſalvet res commodatas, ac proprias: ergo quando illi conceditur ſalvare pretioſiores poſthabitis commodatis, non conceditur hoc illi, ità ut gravetur commodans ſubire damnum majus: ergo hac lege conceditur, ut commodantem ſervet indemnem.

746. DICENDUM 4. Si commodatum factum eſſet in commodum utriusque, vel ſolius commodantis, commodatarius præferendo res ſuas pretioſiores, ad nullam refuſionem tenetur. Ità Molina *l. c.* Probatur à pari, quia nec conductor locatori, nec creditor ratione pignoris debitori, nec depoſitarius deponenti tenetur ad faciendas expenſas in conſervandis eorum rebus. Ergo nec Commodatarius tenetur aliquam jacturam ſubire ad conſervandas res commodantis in ſuum commodum.

747. DICENDUM 5. Si res commodatæ ſunt æquè pretioſæ, ac res commodatarii, cujus ſolius commodum ſpectatur in commodato, tenetur commodatarius res commodatas præponere rebus propriis, vel ſi ſuas præfert, refundere æſtimationem. Ità P. Molina. Eſt tamen concluſio contra P. Azor: Probatur ex eodem fundamento, quo tertia concluſio. Commodatarius cujus ſolius commodum in commodato quæſitum eſt, tenetur cum æquali jactura in propriis bonis ad conſervandas res commodatas, h. e. tenetur res commodatas ſalvare cum tanta jactura, quanta eſt earum rerum æſtimatio. Alioquin non eo modo illas cuſtodit, quo diligentiſſimus paterfamilias & Dominus illarum rerum commodatarum eas cuſtodiret: nam ipſe commodans utique illas præferret alienis rebus: tenetur autem ad eam curam, quam ipſe commodans ſuis rebus adhiberet prudenter in concurſu rerum alienarum non magis pretioſarum.

748. DICENDUM 6. Quodſi commodatum fuit factum in commodum utriusque, & multò magis ſi in commodum ſolius commodantis, poteſt commodatarius res ſuas æquè pretioſas præferre rebus commodatis, neque ad ullam refuſionem tenetur. Ità Sylveſter, Armilla, aliique quos refert, & ſequitur P. Molina n. 7. Probatur eâdem ratione quâ concluſio. 4. à paritate pignoris, rei conductæ & depoſiti, ubi ceſſat obligatio refundendi damnum & jacturam pignoris, locati, depoſiti, quia in commodum cedunt illius qui jacturam patitur.

749. DICENDUM 7. Si res commodata ſit pretioſior rebus commodatarii, tenetur illam ſuis præferre commodatarius, quomodocunque, ſeu, in cujuscunque commodum contractus commodati ſit initus. Probatur. Quia etiamſi in ſolius commodantis commodum ſit initus, adhuc tamen tenetur commodatarius ſaltèm ad illam diligentiam, ſeu curam, quâ culpa lata excluditur, ut ſuprà probatum eſt: atqui committeret culpam latam, ſi viliores præferret pretioſioribus: quis enim hoc facit, niſi vel ſtultus, vel ſummè rerum ſuarum negligens, vel doloſus?

750. DICENDUM 8. Si res fuit commodata in utriusque, vel ſolius commodantis utilitatem, tunc conſervatis pretioſioribus commodatis, & amiſſis propriis, poteſt compenſare jacturam rerum ſuarum, neque tenetur tradere commodanti res ſuas pretioſiores, priusquam ſolvat valorem rerum ſuarum perditarum. Ità P. Molina n. 4. Probatur. Nemo tenetur (ſeclusâ culpâ aut pacto) res alterius pretioſiores conſervare per jacturam propriarum rerum, quando contractus celebratus eſt in commodum alterius: hæc enim eſſet obligatio, in quam nemo conſentiret prudenter antecedenter ad omnes caſus eventuales, & in praxi non obſervaretur.

Gravius dubium eſt, an poſſet commodatarius compenſare, ſi contractus in ipſius ſolius commodatarii utilitatem initus eſt, & bona commodata fuerunt pretioſiora. In quo puncto P. Molina, nullo adducto auctore, reſpondet negativè n. 3. Ratio ipſius eſt, quoniam vi contractûs atque beneficii accepti tenetur ſuis ſumptibus ad eam cuſtodiam rei commodatæ, quam diligentiſſimus quisque in ſuis rebus propriis adhiberet: ergò non ſolùm rem ſuam viliorem, ſed neque æquè pretioſam quam amitteret; ut alienam commodatam ſalvam faceret, poſſet compenſare.

Huic doctrinæ (quam etiam in præcedentibus ſuppoſui) objici poteſt: quia commodans tenetur ſolvere expenſas quæ fiunt à commodatario pro conſervatione rei commodatæ: atqui

in caſu dubii jactura bonorum commodatarii habet ſe tanquam expenſæ: ergo ad eas tenetur commodans: ergo commodatarius poteſt compenſare. Ad hoc reſpondet P. Molina, diſtinguendo. tenetur ad expenſas ordinarias, negatur: tenetur ad extraordinarias, ſubdiſtinguit, ad extraordinarias, ad quas tenetur commodatarius vi contractûs, negat, ad alias extraordinarias concedit, v. g. ſi mancipium commodatum in morbum incideret, aut fugam ſuâ culpâ arriperet, & neceſſe eſſet aliquid expendere, ut illi ſubveniret, aut è fuga revocaret. Si tamen res, quæ naufragio, incendio, aut alio ſimili infortunio erat peritura, niſi commodatarius ſuâ induſtriâ præveniret, ſimili modo erat peritura apud Dominum, tunc probabile exiſtimat P. Molina (mihi autem eſt indubitatum) poſſe commodatarium compenſare rem ſuam viliorem: quia tunc periculum eſt utrique commune, neque advenit occaſione contractûs rei alienæ: in quo caſu licitum eſt ſeipſum diligere præ proximo, res ſuas conſervando eaſque præferendo, (non tamen debet, ut loquitur P. Molina, quia charitas ſui non obligat, ut quoad temporalia nos magis amemus quàm proximum) quia ſic commodatum non eſt cauſa interitûs.

751. Hæc eſt doctrina P. Molinæ, & ſpeculativè loquendo verior: ſed in praxi non caret difficultate, eſtque probabilis & practicè tuta doctrina P. Azor c. 7. q. 6. ubi paucis expedit totam præſentem controverſiam quoad forum conſcientiæ. [Aut res propriæ erant pretioſiores re commodatâ, vel æquè pretioſæ, aut viliores. ſi pretioſiores, vel æquè pretioſæ, nihil cogitur commodatarius reſtituere ſecundùm conſcientiam, ut ſi res ſuas ab incendio, ruina, naufragio, bello, vel à latronibus liberavit. Ratio hujus eſt, quia nemo ſecundùm conſcientiam compellitur rebus & commodis alienis magìs quàm propriis conſulere. Si autem viliores res erant propriæ: tunc, aut potuit rem commodatam ſervare æquè ac ſuam: & tunc ſecundùm conſcientiam debet reſtituere commodatum, vel pretium ejus, cùm ſe ad id ex pacto obligaverit, qui contra legem charitatis fecit, rem ſuam ſervando, neglectâ & poſtbabitâ re alienâ: aut non potuit, & tunc reſtituere ſecundùm conſcientiam non cogitur.] Ità ille: ſatis expeditè & planè, magìſque conformiter communi perſuaſioni & infirmitati hominum.

752. DUBITATUR: Ad quem ſpectent expenſæ factæ circa rem commodatam à Commodatario. ℞. Expenſas ordinarias, ut ſunt cibi, hoſpitium, &c. ſpectare ad commodatarium, niſi aliud pactum fuerit. Si ſint extraordinariæ, & graves, ſpectare ad commodantem: ſi verò leves, ſpectare ad commodatarium. Ità habetur lege 18. §. 2. *ff. h. t.* [Poſſunt juſtæ cauſæ intervenire, ex quibus cum eo, qui commodâſſet, agi deberet, veluti de impenſis in valetudinem ſervi factis, quæque poſt fugam requirendi, reducendique ejus cauſâ factæ eſſent: nam cibariorum impenſæ, naturali ſcilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepiſſet. Sed & id, quod de impenſis valetudinis aut fugæ diximus, ad majores impenſas pertinere debet: modica enim impendia verius eſt, ut ſicut cibariorum, ad eundem pertineant.] Ex qua lege non improbabiliter pro ſententia ex Azorio relata quis colligeret, quòd commodatarius non teneretur ſubire jacturam propriorum bonorum, ad conſervandas commodatas pretioſiores, ſi illa jactura excederet valorem modicarum expenſarum extraordinariarum.

CONTROVERSIA VIII.

Ad quem ſpectet damnum à tertio datum in re commodata, aut ex vitio rei proveniens damnum Commodatario.

SUMMARIUM.

AN Commodatarius teneatur de damno ab alio illato. 753.

Intellectus legis 41. ff. locati. *eod.*

Ad quem ſpectet damnum, quod Commodatarius patitur à re commodata vitioſa. 754.

753. QUÆRITUR 1. An Commodatarius teneatur de damno ab alio illato in re commodata: v. g. ſi ſtabularius equum in ſtabulo collocatum negligat, ità tamen ut nulla culpa ex parte commodatarii intervenerit, eò quòd etiam diligentiſſimi viatores ſoleant hujuſmodi famulis ſuos equos committere.

In hoc puncto occurrunt leges admodum diverſæ. Negativa ſententia fundatur in lege 19. *ff. h. t.* ubi dicitur: [Ad eos qui ſervandum aliquid ducunt, aut utendum accipiunt, damnum injuriâ ab alio datum non pertinere, procul dubio eſt: quâ enim curâ aut diligentiâ conſequi poſſumus, ne damnum aliquis nobis injuriâ det.]

Accedit etiam efficaciſſima ratio. Nam, ut ſuprà vidimus, commodatarius non tenetur ad præſtandum caſum fortuitum ſine culpa ſua obvenientem, niſi in pactum deduxerit. atqui damnum ab alio datum abſque culpa commodatarii eſt planè caſus fortuitus, quem nemo etiam diligentiſſimus præcavere poteſt, & ideo à nemine præſtatur, ut dicitur in Regula Iuris 23. in fine, ubi etiam inter hujuſmodi caſus numeratur fuga ſervorum, qui cuſtodiri non ſolent.

Pro affirmativa videtur facere *lex* 41. *ff. locati.* ubi Vlpianus referens ſententiam Iuliani in præcedenti lege 19. relatam, illi tamen præfert ſen-

ſententiam oppoſitam Marcelli, his verbis. [Sed de damno ab alio dato agi cum eo non poſſe Iulianus ait. quâ enim cuſtodiâ conſequi potuit, ne damnum injuriâ ab alio dari poſſit. Sed Marcellus interdum eſſe poſſe ait: ſive cuſtodiri potuit, ne damnum daretur, ſive ipſe cuſtos damnum dedit. Quæ ſententia Marcelli probanda eſt.]

Cæterùm, etſi Hotomannus & Treutlerus exiſtiment, Antinomiam eſſe adeo apertam, ut nullâ viâ conciliari poſſint, Hunnius tamen meritò dicit, optimè poſſe conciliari. Et ſanè ex particula *Interdum* conſtat, Marcellum non eſſe contrarium Iuliano, ſi ſermo ſit de eo quod regulariter contingit: quamvis aliquando poſſit contingere, ut ad commodatarium ſpectet damnum ab alio datum, cujus duos adducit caſus, nempe ſi res commodata cuſtodiri potuit, & non fuit cuſtodita, vel ſi ipſe cuſtos damnum dedit; ſicut autem in priore caſu intervenit culpa ſaltèm leviſſima commodatarii, ità eandem videtur ſupponere Marcellus in ſecundo caſu, nempe ſi talis cuſtos adhibitus eſt, à quo poterat prudenter hujusmodi damnum timeri, & ideo culpa commodatarii erat, non conſtituere diligentiorem.

754. QUÆRITUR 2. Ad quem ſpectet damnum, quod Commodatarius patitur à re commodata vitioſa. v. g. ſi dolia commodata non retinuerint vinum infuſum à commodatario. ℞. Hoc damnum ſpectare reſarciendum ad commodantem, ſi ſcivit rei vitium, ſecùs ſi probabiliter ignoravit. Habetur *l.* 18. §. 3. *ff. h. t.* ubi exemplum ponitur. *Item qui ſciens vaſa vitioſa commodavit, ſi ibi infuſum vinum, vel oleum corruptum, effuſumve eſt, condemnandus eo nomine eſt.* Aliud exemplum eſt in lege 22. *ff. eod.* [Si ſervus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum ſufficiat contraria commodati actio, quemadmodum competit, ſi quid in curationem ſervi impendiſti, an furti agendum ſit, quæritur. Et furti quidem noxalem habere, qui Commodatum rogavit, proculdubio eſt: contrariâ autem commodati tunc eum teneri, cùm NB. ſciens talem eſſe ſervum, ignoranti commodavi.]

CONTROVERSIA IX.

An aliquando licitum ſit commodanti rem commodatam ad certum tempus, & uſum, ante tempus elapſum, aut uſum obtentum revocare.

SUMMARIUM.

Commodans non poteſt avocare rem commodatam ante uſum conceſſum per ſe loquendo. 755.
An ſi improviſus caſus emergat, poſſit ob par incommodum incurrendum rem commodatam revocare. 757.
Quid ſi etiam præviſo caſu fuiſſet commodatarius. 758.
Quid ſi in contraria animi diſpoſitione fuiſſet. eod.
An in caſu quæſtionis liceat in utroque foro revocare non attento incommodo commodatarii. 759.
Solvuntur argumenta contraria. 760. *& ſeq.*

755. CErti Iuris eſt, & de natura hujus contractûs, commodantem, per ſe loquendo, obligari ad non avocandam rem commodatam, ante tempus in contractu conſtitutum, aut ante uſum ad quem conceſſa eſt; & ſi contraveniret, obligari ad reſtituendum damnum & intereſſe. *cap. un. h. t.* ibi. *Contra eum quoque rectè non agitur commodati, niſi poſt uſum expletum, cujus gratiâ res fuerat commodata. cùm non decipi nos beneficio oporteat, ſed adjuvari*: & lege 17. §. 3. *ff. h. t.* [Sicut autem voluntatis, & officii magìs, quàm neceſſitatis eſt commodare: ità modum commodati, finémque præſcribere ejus eſt, qui beneficium tribuit, cùm autem id fecit, id eſt, poſtquã commodavit, tunc finem præſcribere, & retro agere, atque intempeſtivè uſum commodatæ rei auferre non officium tantùm impedit: ſed & ſuſcepta obligatio inter dandum accipiendúmque: geritur enim negotium invicem, & ideo invicèm propoſitæ ſunt actiones: ut appareat, quod principio beneficii, & nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præſtationes actionesq; civiles.] Vnde ſicut in mandato, ità & in commodato utimur illo vulgari: *quod ab initio eſt voluntatis, poſtea eſt neceſſitatis.* Dixi: *Per ſe loquendo.* Nam

756. DUBITATUR graviter, an ſi poſt rem commodatam improviſus caſus emergat, ut niſi commodans rem commodatam revocet, incurrat non minùs grave damnum, quàm incurrat commodatarius, ſi revocetur, poſſit rem commodatam revocare, non obſtante damno, quod indè patietur commodatarius. Prima ſententia negat ſimpliciter poſſe revocari. Ità Navarrus.

Secunda ſententia diſtinguit: & docet, poſſe in foro conſcientiæ revocari, quando com-

modatarius non potuiſſet antè aliunde ſibi providere: ſecùs, ſi potuiſſet: quia tunc commodatum fuit cauſa, ne aliunde ſibi provideret, & per conſequens damnum intuliſſet ſecutâ revocatione, quando non poteſt jam aliunde ſibi conſulere. Ità Angelus, Sylveſter, & Tabiena, quos refert & ſequitur P. Azor c. 8. q. 2. dicens, in foro externo contrarium dicendum.

Tertia, & benignior ac verior ſententia eſt, poſſe in utroque foro, & in utroque caſu revocari, hoc eſt ſive potuerit, ſive non potuerit Commodatarius ſibi aliter providere. Ità Molina, Leſſius, & Lugo. Vt autem certa ab incertis ſeparemus, & ordine procedamus.

757. DICENDUM 1. Si commodans, dum contraxit, prævidit, aut ſuſpicatus eſt illum caſum occurſurum, tunc in foro conſcientiæ tenetur non revocare etiam tali caſu occurrente, & multò minùs in foro externo obtineret. Ratio eſt, quia tunc virtualiter conſenſit in hujuſmodi damnum in gratiam commodatarii ſubeundum. Sicut qui prævideret, aut ſperaret prolem naſcituram, non poſſet deinde ob prolem de novo natam donationem revocare, prout poteſt, ſi inopinato superveniat.

758. DICENDUM 2. Si commodans fuiſſet in illo habituali affectu erga commodatarium dum commodavit, ut eodem modo fuiſſet commodaturus, etiamſi caſum eventurum prævidiſſet, tunc etiam in foro conſcientiæ non eſſet licitum revocare. Ratio eſt eadem, nempe ob virtualem conſenſum.

DICENDUM 3. Si econtrario commodans in ea fuiſſet animi diſpoſitione habituali, ut interrogatus reſpondiſſet, ſe nolle obligari pro tali caſu, tunc, ſi necdum commodavit, ſed ſolùm ſe commodaturum promiſit, non tenetur ſtare promiſſis, & commodare, ne quidem in foro externo. Ratio eſt, quia liberalis promiſſio ſemper habet ſubintellectam tacitam conditionem, niſi eveniat caſus, ad quem me non obligarem, ſi ille nunc occurreret: adeoque ſimpliciter non vult pro tali caſu obligari. Nunc ad principale punctum Controverſiæ veniendo.

759. DICENDUM videtur 4. cum tertia ſententia relata, in utroque foro licitum eſſe debere in tali caſu revocare Commodatum à Commodatario, non obſtante incommodo, quod per revocationem incurret: neque etiam obſtante, quòd fortè Commodatarius tempore contractûs celebrati potuiſſet ab alio habere commodatum, nunc autem, cùm revocatur non poſſit: item non obſtante, quòd in ſolius Commodatarii utilitatem fuerit factum Commodatum.

Non probo Concluſionem cum Molina & Leſſio à paritate locationis, ubi poteſt ob occurrentem neceſſitatem revocari domus locata, ut ſuo loco dictum: unde iſti AA. intulerunt, à fortiori id fieri poſſe in commodato, ubi liberalitas intervenit. Hæc tamen probatio non concludit, ut benè notavit Card. de Lugo. nam ut iidem AA. traduut, in locato id non licet ex natura contractûs, ſed ex legis privilegio: atqui tale privilegium, cùm ſit ſtrictæ interpretationis, non eſt extendendum ad alium contractum, etiamſi ſit par aut etiam major ratio, quando lex non extendit, ut habet regula generalis tradita in tr. de legibus.

Probatur ergo meliùs à paritate Donationis, quæ eſt etiam gratuita. quæ ut ſuo loco vidimus, poteſt ob ſupervenientem prolem inſperatam revocari, ſaltem ſi non ſit facta cauſæ piæ (quam aliqui excipiunt) & hoc ideo, quia meritò præſumitur donantis intentio fuiſſe tacitè conditionata: *niſi proles inopinatò naſcatur.* ergo idem de commodante meritò præſumi poteſt, quod ſuum beneficium non velit ſibi eſſe damnoſum, adeoque velit exceptum caſum, in quo ſi commodatum revocari non poſſet, ipſe damnum pateretur, commodatarius verò indemnis abiret. Et quidem faciliùs hoc intelligitur in commodato, quàm in donatione, in qua dominium transfertur: difficiliùs autem revocatur dominium, quàm res commodata, ubi dominium non transfertur.

760. Objici poteſt 1. Regula *Juris* 23. *in 6. Mutare conſilium quis non poteſt in alterius detrimentum.* ℞. In rigore talis non mutat conſilium, quia ut dixi non habuit abſolutam voluntatem pro nullo caſu revocandi: ſed exceptis talibus caſibus, qui ſi præviderentur, expreſsè exciperentur. Quare ſuperveniente tali caſu ſi revocetur aut mutatur, non mutatur voluntas, ut patet. In idem recidere debet reſponſio P. Molinæ, alioquin nimium probat. Vult ergo regulam intelligendam eſſe: ſine rationabili cauſa, & alterius detrimentum intendendo. Sed revera hoc nimium eſt, quatenus dat licentiam revocandi toties quoties eſſe poſſet rationibilia cauſa, & non intenderetur alterius damnum, quod nemo concedit.

Objici poſſet 2. Donatio executioni mandata non poteſt revocari, etiamſi poſtea eveniat caſus, quo donans æquè indigeret, aut etiam magis quàm donatarius. ergo nec commodatum. Reſpondent aliqui, negando paritatem, quia per donationem transfertur dominium, non item per commodatum. Sed non eſt ſufficiens reſponſio. Nam ſicut per donationem rei donatur ipſa proprietas, ità per commodatum donatur uſus rei ad certum tempus. Et per hanc donationem acquirit commodatarius etiam aliquod Ius in re, prout tradit etiam Harpprecht §. 2. *cit. n.* 77. Vnde ſtatuit, quòd ſi commodatario res commodata furto ſurripiatur, competat illi *condictio incerti* adverſus furem, & hoc probat à paritate pignoris furto ablati, quo caſu creditori conceditur condictio incerti. Et cùm objici poſſet, quòd creditor habeat jus in re, re-

reſpondet, quòd etiã comodatarius habeat jus in re comodata quoad uſum, in quem ea accepta eſt, Ob hoc ergo argumentum fatetur Lugo, ſententiam Navarri eſſe probabilem. Reſpondet tamen idem Auctor conformiter ad hactenus dicta, totum hoc pendere ex intentione commodantis, quæ cùm ſit gratuita, non cenſetur ità ſtrictè obligare, ſicut ſi eſſet oneroſa: ſicut donans non cenſetur ſe velle obligare ad non revocandum in caſu prolis naſcituræ, de quo non cogitavit. Reſtaret tamen declarandum, quare non idem dici poſſit de donatore, qui etiam non videtur cogitâſſe de ſuperventura neceſſitate & indigentia propria.

Pro ſolutione ergo advetto, non unam cauſam revocandi conceſſam in jure eſſe ſupervenientem prolem, ſed inſuper eſſe alias, ut ingratitudinem, & inofficioſitatem, ut ſuo loco oſtendi. Iura ergo præſumunt, ex intentione donantis hos caſus eſſe exceptos, vel certè excipiendos. De ſuperventura indigentia meritò non ità præſumit, quia amore paupertatis laudabiliſſimè donare quis poteſt (& faciunt oppidò multi Religioſi) non excipiendo ſuperventuram indigentiam propriam, quam poteſt ut dixi, laudabiliter non curare, non item indigentiam liberorum. Ingratitudo etiam meretur puniri per revocationem, & ideo hæc pœna debet manere in poteſtate donantis. Qui verò dat rem commodato, cùm velit manere rei dominus, & inſuper velit commodatarium obligare ad diligentiam & cuſtodiam exactiſſimam, meritò præſumitur excipere caſum ſuperventuræ neceſſitatis propriæ.

761. Objici poteſt 3. Pro ſecunda ſententia relata. Commodatarius per ejuſmodi intempeſtivam revocationem pateretur damnum, ut ſupponitur: atqui non licet commodanti eſſe cauſam damni commodatarii, nam ut dicitur *in 1. in. h. t. non oportet nos beneficio decipi, ſed adjuvari.* Reſpondet optimè cit. Card. hoc ipſum inconveniens ſequi poſſe in donatione, ſi v. g. donatarius intuitu donationis neglexit addiſcere artem queſtuoſam, & deinde revocatur donatio, & egeſtatem patitur. Totum hoc ſequitur per accidens, & ex negligentia donatarii vel commodatarii, qui potuit hunc caſum poſſibilem timere, & pro majori ſecuritate providere & non providit. Idem contingit in caſu quo res donata fuit aliena, & evincitur à domino, quo caſu donator non tenetur de evictione, quando donatio fuit gratuita; ſicut ergo in hoc caſu non poteſt donatarius prudenter ægrè ferre revocationem, ità nec commodatarius, utpote qui & ipſe vellet hoc jure gaudere, ſi ipſe alteri commodaret.

CONTROVERSIA X.

Quænam Actiones competant ex Commodato.

SUMMARIUM.

Datur duplex actio, directa competens commodanti, & contraria competens commodatario. 762.

Adquid detur directa actio, & an concurrat cum actione furti, & legis aquiliæ. 763.

An tranſeat ad hæredes & contra hæredes. 764.

Quid in jure intelligatur per præſtationes, ad quas obtinendas datur actio contraria. 765.

An commodans poſſit actione directâ etiam fructus conſequi. 766.

762. Quemadmodum in Mandato dictum eſt, dari actionem duplicem, unam quidem directam, quæ competit mandanti, & aliam contrariam, quæ competit mandatario, ità & in præſenti dicendum, commodanti competere actionem *Commodati* directam, commodatario verò contrariam. Ex obligationibus verò, quas tam uni quàm alteri vi contractûs convenire huculque diſputavimus, facilè conſtat, ad quid obtinendum illæ actiones tendant. Directa actio dicitur etiam principalis, non tamen eo ſenſu, quaſi contraria eſſet acceſſoria, & abſque priori non poſſet intentari, ut benè monet ICtus in lege 17. §. *ff. h. t.* [Contraria commodati actio etiam ſine principali moveri poteſt, ſicut & cæteræ quæ dicuntur contrariæ.] Ratio autem eſt, quia ſi commodatarius ex parte ſua omnia præſtitit, non autem commodans, debet utique commodatario competere remedium ad jus ſuum conſequendum.

763. QUÆRITUR 1. An hac actione directâ commodatarius conveniri poſſit, ſi re commodatâ aliter uſus fuerit, vel ultra tempus, quàm fuerit commodatum, item ſi rem commodatam ſuâ culpâ deterioraverit. ℟. Affirmativè, & quidem, ut cum illa concurrat etiam in priore caſu actio furti, & in poſteriore actio legis aquiliæ: ità tamen, ut unâ motâ altera tollatur. Habentur hæc ſeqq. Iuribus. l. 5. §. 8. ff. h. t. [Quin imò & qui alias re commodatâ utitur, non ſolùm commodati, verùm furti quoque tenetur. *l. 18. §. 1. ff. ead.* Sive autem pignus, ſive commodata res, ſive depoſita deterior ab eo qui acceperit facta ſit, non ſolùm iſtæ ſunt actiones, de quibus loquimur, verùm etiam legis aquiliæ: ſed ſi qua earum actum fuerit, aliæ tolluntur, *& l. 34. §. 1. ff. de Ob. & act.* Si is cui rem commodavero, eam ſubripuerit, tenebitur quidem & commodati actione, & condictione, ſed altera actio alteram perimit, aut ipſo jure, aut per exceptionem, quod eſt tutius.]

Digitized by Google

764. QUÆRITUR 2. An hæc actio tranſeat ad hæredes & contra hæredes. ℞. affirmativè *l. 3. §. 3. ff. h. t.* [Hæres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte quâ hæres eſt, convenitur: niſi fortè habuit facultatem totius rei reſtituendæ, nec faciat: tunc enim condemnatur in ſolidum, quaſi hoc boni judicis arbitrio conveniat.]

765. QUÆRITUR 3. Quid in Iure intelligatur per præſtationes, ad quas obtinendas datur commodatario actio contraria, & de quibus eſt ſermo in lege *l. 17. §. 1. & 3. ibi. converti in mutuas præſtationes.* ℞. Illas intelligi, per quas commodatarius indemnis ſervatur, alioquin à commodante damnum ſine ſua culpa paſſurus.

Prima hujuſmodi præſtatio eſt liber uſus ad quem res eſt commodata. Quodſi commodans ante expletum uſum conceſſum rem ſubriperet, non quidem actione furti, ſed contrariâ commodati eſſet conveniendus. *l. 21. ff. h. t.* [Rem mihi commodâſti, eandem ſubripuiſti, deinde cùm commodati ageres, nec à te ſcirem eſſe ſurreptam, judex me condemnavit, & ſolvi: poſtea comperi à te eſſe ſurreptam, quæſitum eſt, quæ mihi tecum actio ſit. Reſpondii, furti quidem non eſſe, ſed commodati contrarium judicium utile mihi fore.]

Sed quidſi res fuiſſet commodata ad certum uſum, cui etiam tempus præfixum eſt, ſi commodatarius nondum eſt uſus, & tempus elapſum, an poſſit agere, ad relinquendum ſibi ulteriùs. ℞. Negativè: Sed potiùs Commodanti competit actio ad repetendum. Ratio eſt, quia conceſſio facta quidem cenſeunt ad uſum, ſed ad uſum reſtrictum ad tale tempus, adeoque ſub conditione, ſi tali tempore futurus ſit. Ratio ulterior elegans redditur ab Harpprecht, nam in tali caſu certant inter ſe commodans & commodatarius, ſed diverſimodè, nam ille certat pro damno evitando, alter pro lucro faciendo. Atque in tali concurſu ille præferendus eſt, qui pro damno certat, ut alibi dictum, & eſt communis DD.

Secunda præſtatio eſt reparatio damni, quod per cauſam commodati contigit commodatario ex dolo vel culpa commodantis, cujus exemplum ſuprà allatum eſt, quando ſciens commodat rem vitioſam: vel etiam ſine culpa in caſu qui habetur lege 17. §. *fin. ff. h. t.* [Rem commodatam perdidi, & pro ea pretium dedi: deinde res in poteſtate tua (*commodantis*) venit. Labeo ait, contrario judicio aut rem mihi præſtare te debere, aut, quod à me accepiſti, reddere.] Ratio eſt aperta, quia alioquin locupletaretur commodans cum jactura alterius innocentis.

Tertia Præſtatio eſt ſolutio impenſarum extraordinariarũ & notabilium, de quibus etiam ſuprà jam actum eſt. Notant tamen DD. quòd magis expediat, rem commodatam retinere loco pignoris, quàm agere ad expenſas.

766. QUÆRITUR 4. An Commodans poſſit actione directâ non ſolùm ſubſtantiam rei commodatæ, ſed etiam fructus, ſi quos naturales illa res tulit præter uſum ad quem eſt conceſſa, conſequi. ℞. Affirmativè. Exemplum eſt, ſi tibi commodavi equam, quæ dum eâ uteris, parit hinnulum, ille cum equa reſtituendus eſt: nam res domino ſuo fructificat. Quodſi hinnulus eam (ut fieri ſolet) comitetur, tenetur commodatarius ad cuſtodiam hinnuli æquè ac matris, etiamſi nullus uſus ſit hinnuli. *lege 5. §. 9. ff. h. t.* [uſque adeo autem diligentia in re commodata præſtanda eſt, ut etiam in ea quæ ſequitur rem commodatam, præſtari debeat: ut puta, equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te cuſtodiam præbere debere veteres reſponderunt.]

CONTROVERSIA XI.

Quid ſit Precarium, & quomodo differat à Commodato: & de aliis huc ſpectantibus.

SUMMARIUM.

Precarii definitio. 767.
An abſque rationabili cauſa poſſit revocari. 768.
An repugnet naturæ Precarii conceſſio ad certum tempus. 769.
An in Precario tranſeat Poſſeſſio in precariò poſſidentem, qualis non tranſit in Commodatarium. 770.
An etiam Iura ac ſervitutes poſſint precariò poſſideri. eod.
Quam culpam præſtet, qui Precariò poſſidet. 771.
Quomodo Precarium finiatur per mortem. 772.
Quænam actio competat concedenti contra rogantem ad repetendam rem conceſſam. eod.
Caſus quo finitur Precarium abſque revocatione. eod.
Precaria quidſit. 773.
Modi varii conſtituendi Precariam. eod.

767. PRecarium admodum affine eſt Commodato. Definirique ſolet: [Conventio, quâ quis precibus petenti rem gratis utendam concedit, nullo utendi vel fine, vel modo præſcripto: hoc eſt: tamdiu, quamdiu isqui conceſſit patitur.] *l. 1. pr. ff. de Precario.* ubi additur, hoc genus liberalitatis ex jure gentium deſcendere: & ob ſimilitudinem cum commodato ſolet poſt commodatum ab AA. tractari, quamvis reverà ſtrictè loquendo Contractus non ſit, ut patebit ex dicendis de ejus natura ac differentiis à Com-

à commodato & ſatis clarè habetur *l. 14. ff. h. t.* [Interdictum de precariis meritò introductum eſt, quia nulla eo nomine Iuris Civilis actio eſſet, magis enim ad donationes, & beneficii cauſam, quàm ad negotii contracti ſpectat Precarii conditio.]

Differentia autem precarii à commodato eſt, quòd ſit ad libitum revocabile. Circa quod

768. DUBITATUR 1. An abſq; rationabili cauſa poſſit revocari. Negant Panormitanus, Covarruvias, aliique quos referunt & ſequuntur P. Molina & Lugo. Fundamentum negandi eſt, quia cùm Precarium contineat beneficium, ſi ſine rationabili cauſa revocaretur, præſumeretur dolus & animus nocendi potiùs quàm benefaciendi. Ergo ſi ſine rationabili cauſa revocaretur, poſſet exceptione doli repelli. Ego quidem facilè concedo, quòd ſi quis in continenti revocaret, nec ullam cauſam revocandi allegare poſſet, præſumeretur, quòd voluerit vel nocere, vel ſaltem illudere. Cæterùm non credo, quòd revocatio non valeret, ſi ex cauſa irrationabili fieret, dummodo dolus abfuiſſet à principio traditionis, hoc eſt, dummodo tunc non jam habuiſſet animum ſtatim revocandi. Sicut ergo valet revocatio ultimæ voluntatis etiam abſque rationabili cauſa, v. g. ex fine peccaminoſo, ità etiam valeret revocatio precarii etiam ex irrationabili cauſa; & hæc ſæpè fieri poſſet quin eſſet locus præſumptioni, quòd à principio dolus interceſſiſſet.

769. DUBITATUR 2. An repugnet naturæ Precarii concedi aliquid ad certum tempus. ℞. Non repugnare, ſed, ut non ſit commodatum, debet habere iſtum ſenſum: Concedo tibi ad menſem v. g. hunc librum, ità ut finito menſe finitum ſit precarium: intra menſem tamen mihi ſit integrum revocare. Quodſi menſe elapſo pergat alter rem detinere, & qui conceſſit, non repetit, cenſetur precarium tacito conſenſu extendi. & ſi de novo rogat in ulterius tempus, prorogatur abſque alia traditione nova. Ità habetur l. 4. §. 4. & lege 5. ff. h. t. [Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore, etiamſi ad hoc temporis non rogavit, tamen precariò poſſidere videtur: intelligitur enim dominus, cùm patitur eum qui precariò rogaverit, poſſidere, rurſus precariò concedere. Sed ſi manente adhuc precario tu in ulterius tempus rogaſti, prorogatur precarium, nam nec mutatur cauſa poſſeſſionis, & non conſtituitur eo modo precarium, ſed in longius tempus profertur.] Et hæc notanda ſunt, propter effectus quos habet precarium ſic continuatum, de quibus poſtea.

770. Eſt & alia adhuc differentia inter commodatum & precarium, quam poſt gloſſam notat Ant. Gomez *to. 2. var. reſol. c. 7. n. 2.* quod in commodato nulla tranſit poſſeſſio in recipientem, ſed commodans dicatur naturaliter poſſidere per commodatarium, ſicut & locator per colonum: at verò in precario tranſit poſſeſſio naturalis (ſed revocabilis ad libitum) & apud concedentem manet poſſeſſio civilis. Quidquid ergo in jure concederetur poſſeſſori naturali, illud competeret illi qui precario poſſidet, quamdiu poſſeſſio non revocatur. Et hic eſt jam unus effectus, ratione cujus intereſt noſſe, an precarium fuerit continuatum necne. Colligitur autem ex lege 15. §. *fin. ff. h. t.* [Quo quis loco precariò aut poſſideat, aut cœperit poſſidere, nihil refert, quod ad hoc interdictum pertinet. *& clariùs ex ultimis verbis legitur eod.* Quippe ipſi duntaxat, non etiam hæredi conceſſa poſſeſſio eſt.] Clariſſimè ex *l. 4. §. 1. Meminiſſe autem nos oportet, eum qui precariò habet, etiam poſſidere.* Ac denique *l. 15. §. 4.* ampliùs declaratur per diſtinctionem. [An is quoque poſſideat, qui rogatus ſit, dubitatum eſt. Placet autem penes utrumque eſſe eum hominem, qui precariò datus eſſet, penes eum qui rogâſſet, quia poſſederat corpore: penes dominum quia non diſceſſerit animo à poſſeſſione.] quaſi diceret, illum naturaliter, hunc civiliter poſſidere. Quia verò hæc poſſeſſio eſt ad libitum revocabilis, non requiritur in ea animus detinendi rem ut ſuam, qui alioquin requiritur, ut dictum eſt de poſſeſſione. Imò Bocerus n. 37. docet cum aliis, quòd non ſufficiat rogâſſe rem, ſed neceſſe ſit, rogâſſe ipſam poſſeſſionem: alioquin dominus per precarium poſſidet, ſicut commodans per commodatarium.

DUBITATUR 3. An etiam Iura; ut ſervitutes, poſſint precariò poſſideri. ℞. Affirmativè, per textum expreſſum in *l. 15. §. 2. ff. h. t.* [Precariò habere etiam ea, quæ in Iure conſiſtunt, poſſumus: ut immiſſa, vel protecta.]

771. DUBITATUR 4. Quàm culpam præſtare debeat, qui precariò rogavit. ℞. Solam latam culpam illi præſtandam eſſe. *l. 8. §. 3. eod.* [Eum quoque precariò teneri voluit prætor, qui dolo fecit, ut habere deſineret. Illud adnotatur, quòd culpam non præſtat is, qui precariò rogavit (*intellige levem*) ſed ſolum dolum præſtat: nec immeritò ſolum dolum præſtat is qui precariò rogavit: cùm totum hoc ex liberalitate deſcendat ejus, qui precariò conceſſit, & ſatis ſit, ſi dolus tantùm præſtetur. Culpam tamen, NB. dolo proximam contineri quis meritò dixerit.] Ratio autem videtur alia non eſſe, quàm quia precarium eſt ad libitum revocabile, & ideo, niſi aliud in pactum deducatur, non meretur, ut graviùs obliger.

772. DUBITATUR 5. Quomodo precarium finiatur per mortem. ℞. Finiri per mortem rogantis, adeoque ad hæredes ejus non tranſire, non tamen finiri per mortem conceden-

Digitized by Google

tis, ſed tranſire ad hæredes donec revocetur. Habetur utrumque *l.* 12. §. 1. *eod.* [Precariò rogatio & ad hæredem ejus qui conceſſit, tranſit; ad hæredem autem ejus qui precariò rogavit, non tranſit, quippe ipſi tantùm, non etiam hæredi conceſſa poſſeſſio eſt.] Idem habetur *c. fin. de precariis.* Quin imò etiam ad ſucceſſores ſingulares extenditur in lege 8. §. 1. & 2. eod. [Quod à Titio precariò quis rogavit, id etiam ab hærede ejus precariò habere videtur, eoque jure utimur. Ergo & à cæteris ſucceſſoribus habere quis precariò videtur. Idem & Labeo probat, & adjicit, etiamſi ignoret quis hæredem, tamen videri eum ab hærede precariò habere. Illud tamen videamus, quale ſit, ſi à me precariò rogaveris, & ego eam rem alienavero, an precarium duret re ad alium tranſlatâ. Et magis eſt, ſi ille non revocet, poſſe interdicere, quaſi ab illo precariò habeas, non quaſi à me: & ſi paſſus eſt aliquo tempore à ſe habere precariò, rectè interdicet, quaſi à ſe precariò habeas.] Itaque ex parte concedentis non finitur precarium ipsâ morte, ſed revocatione, vel ab ipſo concedente, vel à ſucceſſore factâ, quando abſque temporis deſignatione conceditur. Aliud eſſet, ſi adjiceretur limitatio quæ ad voluntatem determinatam concedentis alligaret, v. g. dicendo: poſſideas quamdiu mihi placitum erit. Tunc enim ex communi doctrina, quam retuli *Tr. 1. de Legibus*, cenſeretur conceſſio limitata ad vitam ipſius concedentis, caſu quo nunquam revocet: quia poſt vitam nullum ampliùs habet placitum, & ſic deficit conditio adjecta, etiam abſque omni actu contrario & revocatorio. Ità habetur *l. 4. ff. locati.* *Locatio, Precariive rogatio ità facta*: quoad is qui eam locâſſet, dediſſetvè vellet: morte ejus, qui locavit, tollitur. Idem habetur *c. 5. de Reſcripi. in 6.* quod alibi retuli.]

DUBITATUR *6.* Quænam actio competat concedenti contra rogantem, quâ res conceſſa repeti poſſit. ℞. Inprimis competere interdictum Reſtitutorium de precariis. *l. 2. ff. h. t.* Ait Prætor. [Quod precariò ab illo habes, aut dolo malo feciſti ut deſineres habere quâ de re agitur: id illi reſtituas.] Deinde etiam competit actio præſcriptis verbis, ut ibid. habetur §. 2. [Itaque cùm quid precariò rogatum eſt, non ſolùm hoc interdicto uti poſſumus, ſed etiam præſcriptis verbis actione, quæ ex bona fide procedit.

Objici poſſet, ex hoc ſequi, quòd precarium ſit Contractus; quod tamen ſuprà negatum eſt. Sequela probatur. Quia actio præſcriptis verbis datur ex Contractibus innominatis. Reſpondet Hunnius, Conſtitutiones de Precario dare actionem *Præſcriptis verbis* ex bono & æquo potiùs, quàm ex negotio & contractu, ut indicatur in dicto §. propter ſimilitudinem cum commodato. Nam cæteroquin ex Precario nulla civilis actio naſcitur, ut habetur *l. 14. h. t.* [*Interdictum de Precariis meritò introductum eſt, quia nulla eo nomine Iuris civilis actio eſſet, magìs enim ad donationes, & beneficii cauſam, quàm ad negotiî contracti ſpectat precarii conditio.*] Ex quo textu ſuprà dixi, probari non eſſe contractum.

Contra hoc ipſum tamen objici poſſet ex *l. 23. ff. de R. I.* ubi Precarium vocatur contractus. ℞. Tamen, ibi in larga ſignificatione ſumi nomen Contractûs, complectendo ea etiam, quæ ſimilitudinem habent cum contractibus, unde etiam quaſi contractus negotiorum geſtorum ibi enumeratur.

Adverto hîc, poſſe dari caſum, quo Precarium abſque omni revocatione tam Iudiciali, quàm extrajudiciali finiatur: nempe quando debitor à creditore accipit pignus precariò, deinde verò debitum ſolvit, ceſſat precarium, ut habetur *l. 11. ff. h. t.* *Si debitor rem pignoratam precariò rogaverit, ſolutâ pecuniâ Precarium ſolvitur, quia id actum eſt, ut uſque eò Precarium teneret.*

773. Reſtat breviter aliquid dicendum de Contractu Precariæ, Iure Civili incognito, ſed Iure Canonico introducto. Sunt autem Precariæ, quando aliquid conceditur, vel in perpetuũ, vel ad vitam accipientis, aut ad tempus certum, ſeu breve ſeu longum, & differt à Precario Civili, quòd ante illud tempus non poſſit revocari, ſi fuerit rationabiliter conceſſum: ſecùs, ſi irrationabiliter, nam tunc ſucceſſor non ſolùm poteſt, ſed ratione officii tenetur revocare. *c. h. t.* [De Precariis irrationabiliter factis à Rectoribus Eccleſiarum ſe ſuóſque ſucceſſores pœnâ gravi obligantibus, ut facta ipſorum diſſolvere nequeant: præcipimus, ut nemo ſucceſſor anteceſſoris ſui pœnâ ſit obligatus, ſed ſuæ providentiæ ſit conceſſum, ut ſi anteceſſor ejus res Eccleſiæ irrationabiliter diſtribuit, ab eo ad Ius ejuſdem Eccleſiæ revocentur.]

Modus autem conſtituendi Precariam eſt varius, ut ex variis Canonibus advertit P. Molina d. 298. n. 21. aliquando conceditur pro certa annua penſione in perpetuum, vel ad vitam, vel ad decennium aut ultra, & tunc non differt ab Emphyteuſi, ut dixi tract. 9. in fine. Aliquando ad minus tempus decennio, & tunc non differt à locatione. Aliquando conceditur quoad uſumfructum pro aliis poſſeſſionibus ab accipiente dandis ſaltèm poſt mortem. Aliquando omnino gratis, vel propter merita, vel intuitu paupertatis, &c. Vocantur autem Precariæ, non obſtante quòd coïncidant cum aliis Contractibus, quia ſolent concedi ad preces accipientium. Hujusmodi modus deſcribitur *c. 2. cauſa 10. q. 2. in fine.* [Si Œconomus Eccleſiæ proſpexerit expedire, ut deſideranti cuiquam certarum poſſeſſionum atque prædiorum (urbanorum ſcilicet; ſive ruſticorum) ad Ius Eccleſiaſticum pertinentium, temporalis uſusfructus poſſeſſio pro ipſius petitione præſtetur, tunc ejus temporis, quod inter

Digitized by Google

[in]ter utroſque convenerit, ſive in diem vitæ ſuæ ab eo qui deſiderat, poſtuletur, pacta cum eo qui hoc elegerit, ineat Oeconomus, atque conſcribat, per quæ & tempus, intra quod hoc præſtari placuerit, ſtatuatur, & manifeſtum ſit, quod quisque acceperit ad invicem.]

Illud etiam in his Precariis conſtitutum eſt, ut de Quinquennio in Quinquennium renoventur: non quidem ut de novo celebretur contractus, quidquid dixerit gloſſa: ſed eo fine, ut exſtet Contractûs facti memoria. Porrò, hujusmodi Precariæ ſolet apponi clauſula, ut accipieos teneatur ſingulis quinquenniis Contractũ renovare, alioquin amiſſurus Contractum. quæ renovatio non eſt aliud, quàm iterata recognitio. Quodſi fortè illa clauſula omittitur, tacitè tamen ſubintelligitur, quia cenſetur Contractus initus ſecundùm formam Iuris communis: niſi conſuetudo loci aliud haberet: tunc enim potiùs cenſeretur Contractus initus ſecundùm loci conſuetudinem. Et hæc de Precaria, de qua etiam aliquid dictum eſt tomo tertio.

CAPUT VIII.

DE CONTRACTU DEPOSITI, ET SEQUESTRO.

CONTROVERSIA I.

Quæ ſit Definitio, ac Natura Depoſiti.

SUMMARIUM.

Variæ acceptiones Depoſiti. 774.
Depoſiti definitio 775.
Quidſi in contractu appoſitum ſit tempus & terminus, quo Depoſitarius rem cuſtodiat, an intra hoc tempus repetendi reſtituendum. 776.
Intellectus legis 1. §. 22. ff. Depoſiti. eod.
An ſit contra naturam depoſiti pactum in favorem depoſitarii. 777.
An acceptà facultate utendi, poſſit reſtitutio denegari uſque ad adventum diei. 778.
An non factà expreſsè facultate utendi, graviter peccetur utendo. 779.
An maneat contractus Depoſiti in re fungibili cum translatione dominii, ſed reſervatà poteſtate repetendi ad libitum. 780.
An in tali contractu eſſet locus exceptione d: non numerata pecunia. 781.
Intellectus legis 26. §. fin. ff. Depoſiti. 782. & *ſeq.*
An, ſi Depoſitarius in caſu concluſionis, ſi eſſet in mora, teneretur ad uſuras. 784.
Intellectus legis 24. ff. Mandati. eod.
An, ſi deponens rem fungibilem det facultatem utendi, nolit tamen eſſe mutuum, transferatur dominium. 785.
Diſparitas inter Mandatum & Depoſitum. 786.
Conciliatio legis 34. ff. Mandati. & legis 15. ff. de rebus credit. eod.

774. De hoc Contracto eſt in Digeſtis titul. 3. lib. 16. & in Codice tit. 34. lib. 4. in Inſtit. §. 3. I. *Quib. mod. re contr. oblig.* Porrò vox *Depoſitum* aliquando ſumitur pro re ipſa depoſita. & ità deſcribitur ab Vlpiano in *l.* 1. *pr. ff. h. t.* dum ait. *Depoſitum eſt, quod cuſtodiendum alicui datum eſt.* Hoc loco accipitur pro ipſo Contractu,

ctu, qoo Deponenti Ius acquiritur. Deponenti, inquam, cujus ſolius utilitatem ſpectat, nullum aotem Ius acquiritur (niſi per accidens) Depoſitario: ne quidem Ius poſſidendi. Vnde ſi res depoſita pervenit ad hæredem, ignarum, eſſe depoſitum, etiamſi putet, rem illam eſſe hæreditariam, adeoque eſſe ſuam, hæc tameo ignotaotia non eſt ſufficiens, ot inde naſcatur animus ille poſſidendi, qui requiritur ad præſcriptionem: & ideo talis res ab hærede oe quidem longiſſimo tempore præſcribitur: Ratio eſt, qoia hæres, quâ hæres habet primariò & implicitè illum aoimum tenendi, quem habuit defunctus, quem repræſentat: atqui iſte non detiouit rem animo habendi ſibi. Imò etiamſi voluiſſet defunctus, & vellet hæres teoere rem ut ſuam, non propterea fieret poſſeſſor, quia ſolo animo oemo poteſt ſibi mutare cauſam poſſeſſionia, ut ſuo loco dictum eſt. deberet ergo aliqnis actus intervenire, quo interverteretur poſſeſſio depooentis: & hoc ſibi vult lex *cùm hæres. ff. de diverſis & temporalib. præſcript.* [Cùm hæres in Ius omne defuncti ſuccedit, ignorantia ſua vitia defuncti non excludit: veluti cùm ſciens alienum, vel precariò poſſedit: & ideo licèt precariam ignorans uſucapere noo poteſt.] Sed de hoc ſuo loco actum eſt tract. 5. cap. 2. coott. 3. à n. 251. ubi contrariam ſententiam etiam probabilem eſſe oſtendi. Nunc ad definitionem Depoſiti, ut eſt Contractus.

775. Depoſitom accuratè defioitur ab Harpprecht: [Contractus re initus, nominatus, Iurisgentium, bonæ fidei: quo res gratis cuſtodienda alicui traditur, eo fine, ut eadem illa in ſpecie (Philoſophicè, in individuo) quandocuoque deponenti libuerit, reſtituatur.]

Quamvis autem particula *Gratis* in defioitiooe Vlpiani non reperiatur, ea tamen ſubintelligenda eſt, alioquin tranſibit vel io Contractum Locationis, vel *do ut facias*: prout habetur in §. 9. *l.* 1. *ff. h. t.* [Si qois ſervum cuſtodiendum conjecerit fortè in piſtrinum, ſi quidem merces intervenit cuſtodiæ, puto eſſe actionem adversùs piſtrioarium ex cooducto. ſi verò mercedem accipiebam ego pro hoc ſervo, quem io piſtrinum accipiebat, ex locato me agere poſſe: quòd ſi operæ ejus ſervi com coſtodia penſabuntur, quaſi genus locati & cooducti intervenit: ſed quia peconia non datur, præſcriptis verbis datur actio: ſi verò NB. nihil aliud, quàm cibaria præſtabat, oec de operis quidquam convenit, Depoſiti actio eſt.]

Quod in Definitiooe dicitur, rem depoſitam eſſe reſtituendam, *quandocunque deponenti libuerit*: eſt intelligendum per ſe loqoendo. nam per accidens poſſet fieri, ut non ſit obligatio reſtituendi petenti, v. g. gladium depoſitum illi, qui molitur homicidium, otrum autem ob expeoſas? eſt controverſum, de quo infrà.

776. DUBITATUR 1. Qoidſi in ipſo contractu appoſitum ſit tempus & termious, ut Depoſitarius, v. g. pet tres contiouos annos cuſtodiat: quæritur, inquam, an intra hoc tempus repetenti reſtituendum ſit depoſitum. ℟. Affirmativè. & habetur expreſsè *l.* 1. §. 45. & *ſeq. ff. h. t.* [Si depoſuero apud te, ut poſt mortem tuam reddas; & tecum, & cum hærede tuo poſſum depoſiti agere: poſſum enim mutare voluotatem, & ante mortem tuam depoſitum repetere.] Ratio eſt, quia cùm iſte contractus unicè ſpectet commodum deponentis, terminus illi non adjicitur in præjudicium deponentis, ſed ad definiendam obligationem alterius: quaſi dictum eſſet: *tenearis ad tres annos non ultra cuſtodire, niſi priùs revocavero.*

Objici ſolet ex lege 1. §. 22. *ff. h. t.* obi IC. Ulpiaous agnoſcit, poſſe depoſito apponi conditionem, quâ non impletâ noo teneatur depoſitarius rem reſtituere. [Eſt autem apud Iulianum ſcriptum, eum qui rem depoſuit, ſtatim poſſe depoſiti actione agere: hoc enim ipſo dolo facere eum, qui ſuſcepit, quòd repoſcenti oon reddat NB. Marcellus autem ait, oon ſemper videri poſſe dolu facere eum, qui repoſceoti non reddit. quid enim ſi in Proviocia res ſit, vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore noo ſit facultas: vel NB. conditio depoſitioois non exſtitit?] Ex qoibus ultimis verbis inferri poſſe videtur, non eſſe de eſſeotia depoſiti, ut debeat reddi ad libitum repoſcentis, quia poteſt apponi cooditio, quâ noo impletâ non tenetur depoſitarius reddere depoſitum. Ergo etiam poterit adjici dies, ante quem non ſit obligatus reddere.

Reſpondet poſt alios Interpretes Treutlerus *th.* 1. *litt. G.* & cum eo Huooius, hunc §. eſſe intelligendum non de quocuoque depoſito, ſed de ſequeſtro: ideo autem ſequeſtro dies & cooditio adjici poteſt, quia dies atque conditio, etiamſi oon proſint ſequeſtro, ſive depoſitario, proſunt tameo alteri litiganti, cujus intereſt, adverſario non protious reſtitui rem ſequeſtratam.

Hæc reſponſio ſemper mihi viſa eſt merè divinatoria, cùm neque in textu relato, oeque in toto contextu ulla fiat mentio ſequeſtri.

Alii aliter voluerunt intelligere textum de conditione vel die adjectâ, ſuſpendente ipſam obligationem & valorem contractûs. Sed hæc interpretatio eſt textui contraria, in quo eſt apertus ſermo de contractu jam abſolutè celebrato.

777. Ad objectionem ergo reſpondeo, non eſſe contra naturam hujus contractûs, quòd per accidens, & ex conventiooe partium poſſit adjici pactum in commodum depoſitarii, quo ponatur certa conditio, ante cujus impletionem non teneatur reddere depoſitum: eſt enim regula generalis, quòd in contractibus, præſertim bonæ fidei, pacta adjecta ſint ſervanda, & quòd contractus à conventione legem accipiaot, ut ſæpè dictum eſt. Sicut ergo poteſt depoſitarius ex pacto ad-

Digitized by Google

jecto obligari ampliùs, quàm præciſè ex natura contractûs obligaretur (hoc eſt ad ſolam culpam latam) ut habetur *l. 1. §. 35. ff. h. t.* ità etiam poterit adjici pactum, ut v. g. non teneatur reſtituere depoſitum, niſi priùs ſibi ſolvantur expenſæ factæ in rei depoſitæ conſervationem, vel niſi priùs ſibi ſolvatur aliud debitum, &c. quod utique affert depoſitario aliquam utilitatem, quia ſic ſtimulatur deponens ad maturandam ſolutionem. Falſum ergo eſt, quòd in depoſito nulla conditio appoſita poſſit in commodum depoſitarii obligationem reſtituendi ſuſpendere, prout vulgò ſupponitur, ſed malè, ut etiam advertit Arnoldus Rath *lib. 12 cap. 1. litt. e. & f.* De tali ergo conditione loquitur §. 22. objectus, & ideo ad ejus veritatem defendendam nulla eſt neceſſitas recurrendi ad Sequeſtrum.

778. DUBITATUR 2. Si depoſitum non ſolùm eſt ad certum tempus contractum, verùm etiam data eſt depoſitario facultas utendi re depoſitâ, an tali caſu poſſit depoſitarius repoſcenti denegare reſtitutionem uſque ad adventum diei ad quem depoſitum fuit extenſum. Ratio dubitandi & affirmandi eſt: quia facultas utendi eſt utique conceſſa in favorem & commodum depoſitarii: ergo hoc jus non poteſt illi invito auferri.

Reſpondeo, hoc totum pendere ex mente contrahentium, quo ſenſu ſcilicet illa facultas utendi fuerit conceſſa. Si enim deponens voluit abſolutè obligari ad non prævertendum tanti temporis uſum, tunc ſi hoc præciſè in utilitatem depoſitarii fieret, haberet contractus naturam commodati, vel aliquando etiam mutui, ut patet ex alibi dictis. Quodſi uſus concederetur pro ipſa cuſtodia, poſſet habere naturam contractûs innominati: *Facio ut facias*: hoc eſt: facio tibi copiam utendi, ut tu cuſtodias. Cæterùm, nulla eſt repugnantia, quominus poſſit etiam eſſe contractus depoſiti, ſi nempe illa facultas fieret per modum precarii; & niſi aliud exprimeretur, ità præſumeretur facta, ut ſcilicet tamdiu poſſit uti, quamdiu ipſum depoſitum non revocetur: v. g. ſi quis libros apud aliquem deponeret, & interim uſum permitteret,

779. DUBITATUR 3. Si facultas utendi non eſſet expreſſè conceſſa depoſitario, an graviter peccaret utendo re depoſitâ. Ad hoc reſpondendum eſt ex principiis alibi traditis, & ex communi Theologorum ſententia, non peccaturum, ſi bonâ fide putaret, non eſſe invitum deponentem, quominus utatur. Et hoc nullam poteſt habere difficultatem, quando talis uſus nihil penitus præjudicii afferret deponenti, eo quòd res depoſita non redderetur deterior, nec exponeretur periculo perdendi, &c. tunc enim eſſet deponens irrationabiliter invitus. In aliis verò, ubi fortè poſſet eſſe invitus, aliquando tamen ex circumſtantiis poteſt depoſitarius rationabiliter præſumere, ipſum non eſſe invitum, v. g. in uſu librorum depoſitorum, tunc utendo non peccaret, excuſante eum bonâ fide, etiamſi fortè à parte rei falleretur, quia fortè dominus nō conceſſiſſet uſum niſi pro pretio: & tunc, ſi inde locupletior factus eſſet, teneretur deponenti ſolvere pretium uſûs, ut adnotavit Lugo n. 4. in fine, qui etiam cum Molina & aliis docet, non peccaturum, ſi uteretur re depoſitâ, quæ ipſo uſu conſumitur, v. g. frumento, ſi moraliter certus eſt, ſe poſſe æquè bonum habere in promptu, quandocunque depoſitum repeteretur.

DUBITATUR 4. An maneat contractus depoſiti, ſi quis deponat pecunias v. g. vel aliquam aliam rem fungibilem, hoc eſt, in numero, pondere aut menſura conſiſtentem, hac lege, ut quidem dominiū illius rei transferat in depoſitarium, nec tamen velit eſſe mutuum, eò quòd ſibi reſervet jus revocandi ad libitum, adeoque teneatur depoſitarius vel eandem rem in ſpecie, vel aliam ejuſdem generis (ſi fortè rem depoſitam conſumpſit) reſtituere. Aliqui, quos refert Emanuel Açoſta, videntur velle, quòd talis contractus potiùs habeat rationem mutui quàm depoſiti, & ideo docent, quòd in eo locum habeat exceptio non numeratæ pecuniæ, de qua actum eſt *tract. 9. cap. de Mutuo*.

780. DICO tamen talem contractum principaliùs habere rationem depoſiti, quamvis habeat aliquid admixtum de mutuo, quatenus transfert dominium rei traditæ, & ſi res pereat, depoſitario pereat, plus tamen habet de natura depoſiti: nam de mutui conceptu eſt, ut fiat unicè in gratiam mutuatarii; atqui in caſu poſito non fit in gratiam depoſitarii, ſed potiùs deponentis, qui ſuum commodum quærit, ut patet: huic enim depoſitarius primariò præſtat beneficium, eſto per accidens poſſit inde aliquod emolumentum conſequi, v. g. negotiando. Deinde mutuum non poteſt mutuans ad libitum repetere, ut ſuo loco dictum. In hoc autem contractu ponimus quòd vi conventionis poſſit ad libitum repetere.

Denique, in mutuo propriè dicto locum habet compenſatio pro alio debito: at verò in tali depoſito non haberet locum compenſatio, ut in genere de depoſito certum eſt, & conſtabit ex dicendis. Ergo plus participat de depoſito quàm de mutuo.

Et quamvis P. Molina *d. 523. n. 2.* velit hunc contractum eſſe mixtum ex mutuo & depoſito, debet tamen hæc mixtio non impedire, quin ſimpliciter ad unam ſpeciem præ alia referatur, ſicut Theologi voluntarium mixtum cum Involuntario dicunt eſſe ſimpliciter voluntarium.

781. Hinc ergo infert rectè P. Molina & Arnoldus Rath, contra citatos DD. in tali contractu non futurum locum exceptioni de non numeratæ

merata pecunia. Hæc enim conceditur in favorem mutuatarii, qui neceſſitate adſtrictus, & obtinendi mutui cupiditate inducitur, ut præcipitanter ſcribat Apocham de pecunia mutua ſibi numerata, antequam numeraretur: quod ſanè de depoſitario, cujus nulla eſt (ut ponitur) neceſſitas, & qui non petit pecuniam apud ſe deponi, ſed potiùs à deponente rogatur, præſumi prudenter non poteſt. Et videtur hæc illario conſormis *legi* 14. §. 1. *C. de non numer. pec.* ibi. [Ideoque ſancimus, inſtrumento quidem depoſitionis certarum rerum, vel certæ pecuniæ, ſecuritatibuſq; publicarum functionum, ſive in ſolidum, ſive ex parte ſoluta eſſe conſcribantur, illis etiam ſecuritatibus, quæ poſt confeſſionem dotalium inſtrumentorum de ſoluta dote ex parte vel in ſolidum exponuntur, NB. nullam exceptionem non numeratæ pecuniæ penitus apponi.]

782. Videtur mihi hoc ipſum confirmari poſſe ex caſu qui habetur in lege 26. §. *fin. ff. h. t.* Caſus eſt hujuſmodi. Titius quaſi depoſitarius ſcripſit Sempronio quaſi deponenti epiſtolam hoc tenore. [Titius Sempronio ſalutem. Habere me à vobis auri pondo plus minus decem, & diſcos duos, ſaccum ſignatum, ex quibus debetis mihi decem: item ex ratione patris veſtri. 10. & quod excurrit.] uno verbo. Fatetur ſcripto, apud ſe eſſe depoſita v. g. 1000. Sed ſimul aſſerit, ſibi deberi. 20. quæritur à IC [An ex hujuſmodi ſcriptura aliqua obligatio nata ſit, ſcilicet quod ad ſolam pecuniæ cauſam attinet] ponimus autem, quòd reverà nullum depoſitum acceperit Titius à Sempronio. Reſpondet JC. [ex epiſtola obligationem quidem nullam natam videri, ſed NB. probationem depoſitarum rerùm impleri poſſe.] Ergo tali non concederetur exceptio non numeratæ pecuniæ: Ergo nec in noſtro caſu: quia eſt eadem ratio.

783. Eſt tamen conſideratione dignum (quamvis huc non ſpectet) quòd in illo reſponſo ſtatim addit IConſultus. [An autem is quoque qui deberi ſibi cavit in eadem epiſtola decem. probare poſſit hoc quod ſcripſit, judicem æſtimaturum.] Hinc ergo quæſtio naſcitur, an ſicut Sempronio fas eſt ex data epiſtola probare depoſitum factum, ità etiam econtra Titio fas ſit ex eadem probare, ſibi deberi 20. vel an Sempronius poſſit epiſtolam approbare, & eâ uti quantùm ſibi prodeſt, reprobare autem, in quantum inde præjudicium patitur: & hoc videtur à ICto ſupponi: quod tamen poſſet alicui durum & abſonum videri. Videtur enim manifeſtè iniquum eſſe, quòd eadem ſcriptura diverſo jure cenſeatur, & ab una eademque perſona, in quantum ſibi favet, approbari, in quantum autem ſibi nocet, reprobari, ut conſtabit ex dicendis de teſtamentis. Hoc tamen non obſtante ſentiendum eſt cum reſponſo IC. poſſe hoc fieri in dato caſu. Rationem dat Arnoldus Rath c. 1. th. 15. litt. C. quòd nemo in re ſua & ad ſuam utilitatem, teſtis idoneus eſſe poſſit, benè tamen contra ſe ſcribenti creditur. Sed ut dixi hæc aliò ſpectant.

784. Infertur ex concluſione poſita 2. quòd hujuſmodi depoſitarius, ſi eſſet in mora reſtituendi, teneretur ad uſuras ſolvendas pro tempore moræ, prout univerſim de depoſitario conſtitutum eſt: atqui in mutuo hoc non eſt verum, niſi uſuræ fuerint in ſtipulationem deductæ. Et hoc diſcrimen fundatur in eo, quòd mutuum ſit ſtricti juris, depoſitum verò bonæ fidei, ut ſupponitur in lege 24. *ff. h. t.* Huc facit leg. 25. §. 1. *ff. h. t.* ubi dicitur. [Qui pecuniam apud ſe non obſignatam, ut tantundem redderet, depoſitam, ad uſus proprios convertit: poſt moram in uſuras quoque judicio *depoſiti* condemnandus eſt.] Et ità etiam ſentit Hunnius var. reſol. *tr.* 3. *p.* 4. *q.* 2. & VVurmſerus *contr.* 16.

Contra concluſionem ipſam objici poſſet ex l. 24. ff. h. t. ubi dicitur: *talem contractum notiſſimos terminos depoſiti egredi.* Atqui egredi terminos alicujus rei, non eſt eſſe intra illos terminos: ergo talis contractus non manet depoſitum. Reſpondent interpretes communiter, ex eo quòd IC. dicat, egredi notiſſimos terminos depoſiti, plus non velle, quàm quòd non ſervet puram rationem depoſiti, ſed participet aliquid de mutuo. Ego tamen ingenuè fateor, mihi textum videri plus velle, vel ad minimùm rem non ſatis apertè reſolvere, ſed quaſi in dubio relinquere, & ideo ob alios textus claros dicendum eſſe, quòd retineat rationem depoſiti. Textus ità habet. [Nam ſi, ut tantundem ſolveretur convenit, egreditur ea res depoſiti notiſſimos terminos: in qua quæſtione NB. ſi depoſiti actio non teneat, cùm convenit, tantundem non idem reddi, rationem uſurarum haberi non facilè dicendum eſt.] atqui ſi maneret depoſitum, eſſet utique ratio habenda uſurarum poſt moram: ergo IC. ad minimùm dubitabat, an maneret depoſitum. Et fortè ideo dubiè reſpondit, quia, ut ſuprà in ſimili dixi, tota res pendet ex mente contrahentium, an voluerint celebrare mutuum, an depoſitum. Et quòd quandoque velint mutuum contrahere, ſupponitur in *lege* 31. *ff. locati.* ubi dicitur, in creditum iri, quando quis pecuniam numeratam tradit, ita ut accipiens tantundem reddere teneatur. Breviter, puto id colligendum ex modo contrahendi, an principaliter in favorem accipientis, & erit mutuum, an verò in favorem deponentis, & erit depoſitum.

785. DUBITATUR 4. Utrum, ſi deponens rem fungibilem det facultatem tali re utendi, & quòd velit contentus eſſe, ſi tantundem reſtituatur, nolit tamen contractum mutui celebrare, an in tali caſu dominium rei traditæ & depoſitæ ſtatim transferatur in depoſitarium: vel tunc primùm, quando depoſitarius acceptat ipſo

facto

facto hanc facultatem, & illam rem utendo conſumit. Hoc poſterius omninò dicendum videtur cum P. Molina & aliis. Quare tamdiu periculum interitûs erit deponentis tanquam adhuc domini, quamdiu depoſitarius illam rem non uſurpat, & abſumit. Colligitur ex lege 10. *ff. de reb. cred.* [Quodſi (*inquit Vlpianus*) ab initio, cum deponerem, uti tibi, ſi voles, permiſero: creditam non eſſe, antequam mota ſit: quoniam debitum iri non eſt certum.] Senſus eſt: non eſſe certum, quòd depoſitarius conſentiat in facultatem utendi, volendo eam licentiam redigere in actum, quia poteſt velle in natura & obligatione depoſiti perſiſtere.

Itaque poteſt quidem eatenus acceptare facultatem utendi, ut poſtea utendo non agat contra conventionem, ſed tamen poteſt nolle eſſe dominus tamdiu, quamdiu non actu conſumet, ſed primùm per ipſum motum & uſum velle fieri dominus, & rem ſuo periculo habere.

Ex allata lege, dum dicit: *ſi ab initio, &c.* per argumentum à contrario ſenſu, quòd ſi non ab initio, ſed ex poſt facto primùm daretur facultas utendi, inferri poteſt, depoſitum transformatum iri in mutuum: imò hoc aſſeritur in *lege 9. præcedente* §. 9. [Depoſui apud te decem: poſtea permiſi tibi uti. Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere quaſi mutua tibi hæc poſſe, ajunt. Et eſt verum. animo enim cæpit poſſidere: ergo tranſit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, & poterit ei condici.]

Ratio diſparitatis, quare, quando ab initio data eſt poteſtas utendi, non transferatur dominium, ſicut ſi poſtea detur, inſinuatur ultimis verbis legis: nempe quia depoſitarius à principio non rogavit ſibi credi pecunias, ſed potiùs rogatus eſt ab altero ut eas cuſtodiret: at verò poſtea rogavit. voluit ergo habere ut mutuas, & in ſuum commodum.

786. Poſſet tamen contra hoc ſecundum objici à paritate *mandati*. Nam ſi meus procurator accepit ex mandato 1000. à meo debitore, quos mihi debet actione mandati, etiamſi ego antequam mihi ſolvat, illi velim illa mille eſſe credita, ſeu mutuata, non propterea tranſit mandatum in mutuum, neque actioni mandati ſuccedit actio ex mutuo. Ergo nec depoſitum transformari poterit in mutuum, quando poſtea conceditur facultas utendi. ℞. Tranſeat antecedens, nego conſequentiam, & paritatem. Nam ideo in priore caſu mandatum non poteſt tranſire in mutuum, quia de conceptu mutui eſt, ut pecunia mutuò data fiat de mea tua. Atqui illa pecunia quam mihi debet mandatarius vigore mandati, necdum unquam fuit mea: ergo non poſſum in ea conſtituere mutuum. At verò in depoſito res aliter ſe habet, nam pecuniæ dominium manſerat apud deponentem, ut dictum eſt.

Dixi: Tranſeat antecedens. Nam circa illud ſunt leges in Iure adeo contrariæ, ut in illis conciliandis interpretes aliqui deſperent. Et quidem pro antecedentis veritate ſtat apertè Africanus in lege 34. *ff. mandati*, ubi etiam inter mandatum & depoſitum claris terminis aſſignat eandem diſparitatem, quam jam dedi: lex ità habet. [Qui negotia Lucii Titii procurabat, is cùm à debitoribus ejus pecuniam exegiſſet, epiſtolam ad eum emiſit, quâ ſignificaret, certam ſummam ex adminiſtratione apud ſe eſſe: eamque creditam ſibi ſe debiturum cum uſuris ſemiſſibus, quæſitum eſt, an ex ea cauſa credita pecunia peti poſſit, & an uſuræ peti poſſint. Reſpondit (*Africanus*) non creditam: alioquin dicendum, ex omni contractu nudâ pactione pecuniam creditam fieri poſſe. Nec huic ſimile eſſe, quòd ſi NB. pecuniam apud te depoſitam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat: quia tunc nummi qui mei erant, tui ſunt.] Huic è diametro contrarium aſſerit Vlpianus in lege 15. *ff. de rebus creditis.* [Singularia quædam recepta ſunt circa pecuniam creditam, nam ſi tibi debitorem meum juſſero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis: quod igitur in duabus perſonis recipitur, hoc et in eadem perſona recipiendum eſt, ut N. B. cùm ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas, & convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta.]

Doctiſſimus Arnoldus Rath rejectis aliorum conciliationibus *th. 46. cap.* 1. quamvis fateatur, non malè dicturum aliquem, illos ICtos probabilibus in utramque partem rationibus militantibus diſſenſiſſe, tamen ne in Iure antynomiam admitteret, cenſuit, ita componi poſſe, ut Africanus locutus dicatur de ratione juris, & naturâ mutui attentâ: Vlpianus verò voluerit mutuum ex æquo & bono ſuſtineri propter fictionem juris, quia brevi manu videtur pecunia ad mandatorem, & ab hoc ad mandatarium perveniſſe.

Exiſtimo, nec ſic omnem diſſenſionem tolli: nam Africanus ne quidem hanc æquitatem agnoſcit in mandato, quam tamen agnoſcit in pecunia à debitore exacta, quæ etiam nunquam fuit creditoris. Nam textui relato adjungit hæc formalia verba. [Item quòd ſi à debitore meo juſſero te accipere pecuniam, credita fiat. Id enim benignè receptum eſt.] Ecce! hic agnoſcit æquum & bonum, & negat hoc ipſum de mandato in priore caſu. Nicolaus de Paſſeribus refert & rejicit octodecim conciliationes, & inter illas etiam hanc jam relatam, quam tribuit Cujacio, Molinæo, Iulio Pacio, Treutlero, Ant. Fabro, & aliis, ac tandem deſperat. Plura dixi

 in

in *tr. 9. c. de Mutuo.* Quò hæc difficultas ſpectat.

CONTROVERSIA II.

Quotuplex ſit Depoſitum.

SUMMARIUM.

Diviſio Depoſiti in illud quod eſt Iuris, & quod eſt conventionale ſeu facti. 787.
Subdiviſio depoſiti conventionalis in voluntarium & neceſſarium. 788.
Diviſio ejuſdem in Depoſitum ſimpliciter, & ſequeſtrum. 789.
Subdiviſio Sequeſtri in voluntarium & neceſſarium. eod.
An Sequeſtrum neceſſarium ſit ſpecies depoſiti tanquam generis. 790.
Solvuntur argumenta contraria. 791. & ſeq.

787. DIviditur 1. In Depoſitum quod eſt Iuris, & Depoſitum quod eſt facti. Depoſitum Iuris illud dicitur, quod vel ad ſiſtendum uſurarum curſum, vel inducendum liberationis effectum apud Magiſtratum interponitur. De hac depoſiti ſpecie loquitur Imperator Philippus in lege 17. *C. de Vſuris.* [Acceptam mutuò ſortem cum uſuris licitis Creditoribus poſt conteſtationem offeras, acſi non ſuſcipiant, conſignatam in publico depone, ut curſus legitimarum uſurarum inhibeatur: quo ſubſecuto, etiam periculo debitor liberabitur, & Ius pignorum tolletur: cùm Serviana actio manifeſtè declaret, pignoris inhiberi perſecutionem, vel ſolutis pecuniis, vel ſi per Creditorem ſteterit, quo minùs ſolvantur.] Ex quo textu conſtat, quòd quando creditor recuſat accipere oblatam à debitore ſolutionem, poſſit eam debitor apud Iudicem deponere (antiquitùs etiam apud Eccleſiam, ut in textu dicitur) & ſic ſiſtere curſum uſurarum, ac inſuper creditorem ſubjicere periculo interitûs pecuniæ.

Depoſitum *facti* illud eſt, & dicitur, quod eo animo contrahitur, ut depoſitarius ad factum ſive ad cuſtodiam obligetur; ſoletque *conventionale* etiam appellari, & eſt illud, quod inter privatos eſt conſuetum ac familiare.

788. Depoſitum Conventionale ſeu *Facti* ſubdividitur in voluntarium & neceſſarium. Per voluntararium intelligitur illud, quod contrahitur abſque urgente præſente neceſſitate, mox explicanda. Neceſſarium verò, ad quod urget inſtans neceſſitas & morale periculum rem perdendi, niſi deponatur in cuſtodia alicujus, alioquin non depoſiturus. Exempla hujus neceſſitatis habentur lege 1. §. 1. *ff. h. t. Prætor ait, quod neque tumultûs, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii causâ depoſitum ſit, &c.* & §. 2. ponitur ipſa diviſio. *Meritò has cauſas deponendi ſeparavit Prætor, quæ continent fortuitam cauſam depoſitionis ex neceſſitate deſcendentem, non ex voluntate proficiſcentem.* & §. 3. ad depoſitum neceſſarium requiritur, ut non ex alia cauſa deponatur, quàm ex neceſſitate.

Eſt autem diverſus utriuſque effectus. Nam qui voluntarium depoſitum perfidè reſtituere recuſat, condemnatur ſolùm in ſimplum: qui verò neceſſarium, condemnatur in duplum. Sic enim ait Prætor l. c. *Ex earum autem rerum, quæ ſuprà comprehenſæ ſunt, in ipſum in duplum judicium dabo.* Ratio indicatur §. 4. [Quippe cùm quis fidem eligit (abſque neceſſitate) nec depoſitum redditur, contentus eſſe debet ſimplo, cùm verò exſtante neceſſitate, deponat, creſcit perfidiæ crimen, & publica utilitas coërcenda eſt, vindicandæ Reipublicæ causâ. eſt enim inutile, in cauſis hujuſmodi fidem frangere.] Vult dicere Vlpianus: quòd neceſſitatus ad depoſitionem, ſit majori commiſeratione dignus, & ideo major in depoſitario perfidia, adeoque meritò punienda condemnatione in duplum. Vnde, ut §. 2. relato habetur: ſi cauſa neceſſitatis non eſt adæquata, v. g. ſi quis profecturus Romam elegit Titium in depoſitarium rerum ſuarum: deinde repentè oritur incendium, quo fit, ut eædem res deponantur hoc momento, fortè citiùs quàm ſi non eſſet ortum, apud eundem Titium, ſi Titius fidem non præſtet, non condemnabitur in duplum.

789. Dividitur Depoſitum 2. In illud quod dicitur Sequeſtrum, & aliud, quod retinet nomen generis, & ſimpliciter *Depoſitum* dicitur: quod quidem ſæpiùs fit, ut uni ſpeciei nomen generis appropriètur, v. g. *Adoptio* eſt genus ad arrogationem, & adoptionem ſpecificè ſumptam: Cognatio eſt genus ad Agnationem, & Cognationem ſpecificè ſumptam. Ille apud quem res ſequeſtratur, dicitur *Sequeſter. l.* 110. *ff. de V. S.* [Sequeſter dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controverſia eſt, depoſuerunt, dictus ab eo, quod occurrenti, aut quaſi ſequenti eos, qui contendunt, committatur.] De Etymologia non eſt operæ pretium multùm contendere cum Alciato, qui eam perſtringit, dummodo rem ipſam teneamus.

Sequeſtrum ſubdividitur in Voluntarium & Neceſſarium, non eo ſenſu, quo Conventionale Depoſitum diviſum eſt, ſed alio. Voluntarium dicitur, quando litigantes mutuo conſenſu eligunt aliquem, apud quem res litigioſa interim dum lis durat, deponatur, reddenda victori, lite finitâ. Neceſſarium eſt, quando à Iudice compelluntur, & coguntur rem deponere apud aliquem tertium. De priore, h. e. voluntario, certum eſt, quòd ſit ſpecies Depoſiti.

790. De Sequeſtro neceſſario dubitatum eſt, an ſit ſpecies Depoſiti tanquam generis. Negârunt aliqui, inter quos Bocerus in §. 3. *n.* 67. Communior tamen ſententia affirmat, & eſt conformior

formior

Digitized by Google

formior modu loquendi, quem ipſa Iura obſervant; dum in genere Sequeſtrum vocant depoſitum, & frequentiſſimè dicuntur litigantes apud Sequeſtrem *deponere*, ut patebit ex ſeqq. imò ipſa actio quæ contra ſequeſtrem datur, vocabulum commune retinet, & dicitur *Actio depoſiti ſequeſtraria. l. 12. §. 2. ff. h. t. Cum ſequeſtre rectè agetur Depoſiti ſequeſtrariâ actione, quam & in hæredem ejus reddi oportet.* Si ergo Sequeſtrum in genere eſt ſpecies Depoſiti, quævis ſequeſtri ſpecies in quas ſubdividitur, etiam erit Depoſitum, nam quod convenit ſpeciei ſubalternæ, convenit etiam ſpeciei infimæ, ut Logici nôrunt. Verùm, optima communis ſententiæ probatio eſt, quòd nihil oſtendi poſſit, in quo deficiat à Contractu Depoſiti.

791. Objicit ergo Bocerus 1. In Contractu quovis requiritur conſenſus. atqui in ſequeſtro neceſſariò non requiritur conſenſus. quia etiam invitis litigatoribus res ex voluntate Iudicis ſequeſtratur. Ergo ſequeſtrum non eſt contractus. ℞. Negando minorem. Nam licèt à principio non conſentiant, & ſint inviti, quòd Iudex mandet ſequeſtrum, poſtquam tamen Iudici parendum eſt, conſentiunt, & contrahunt tacitè, vel expreſsè cum ſequeſtre, quem ſibi habent obligatum. Exemplum apertum eſt in Matrimonio: ad quod ſæpè aliqui (ut deflorato-res) compelluntur metu Cenſurarum vel alio ad contrahendum, & tamen poſtea contrahunt verè Matrimonium, habéntque ſufficientem conſenſum.

Objiciunt 2. Sequeſtri materia poteſt eſſe res immobilis, non item Depoſiti. Ergo ſequeſtrum non eſt depoſitum. ℞. Secundum membrum antecedentis eſſe controverſum, de quo dicetur infrà, pro nunc diſtinguitur. Depoſiti quoad omnē ſpeciem materia non poteſt eſſe immobilis, tranſeat ant. depoſiti quoad unam ſpeciem, negatur. Et eſt ſanè argumentum ſimile huic. Animal non eſt rationale, Homo eſt rationalis, ergo homo non eſt animal. Vbi major habet ſenſum præciſivum ex parte ſubjecti, & tunc eſt vera, ſed mala conſequentia. Nam ut conſequentia teneret, deberet major eſſe univerſalis negativa: *Nullum animal eſt rationale.* & tunc eſt falſa. & ſic etiam falſa eſt hæc: *Nullum Depoſitum poteſt eſſe rei immobilis.* etiamſi demus, depoſitum voluntarium non poſſe eſſe in re immobili. Vides, quàm facilè decipi poſſint, qui Logicam ignorant.

792. Objiciunt 3. Contractus ſemper eſt ad minimum inter duos. Sequeſtrum poteſt ab uno ſolo litigantium conſtitui, ut habetur *l. 9. §. Labeo. ff. de dolo.* ibi. [Si oleum tuum, quaſi ſuum defendat Titius, & tu hoc oleum depoſueris apud Seium, ut is hoc venderet, & pretium ſervaret, donec inter vos dijudicetur cujus oleum eſſet, neque mandati, neque ſequeſtrariâ Seium convenire potes, nondum impletâ conditione depoſitionis: de dolo adversùs Titium agendum.] ℞. Negando minorem, ad quam probandam ineptè prorſus adducitur hic textus. quaſi verò non inter deponentem & Seium ſequeſtrem contractus celebratus eſſet, qui utique ſunt duo & non unus. Etiamſi Seius non conſenſiſſet. Cæterùm, lex non dicit, Seium non conſenſiſſe; nam ſi nullo modo conſenſiſſet, non fuiſſet reverâ validum ſequeſtrum, ut omnes fatentur: & ſic objectio procederet de ſubjecto non ſupponente. Dicendum igitur, ſuppoſito quòd reverâ fuerit ſequeſtrum, Titium quoque conſenſiſſe, ut apud Seium deponeretur. Quòd autem ſequeſtrum requiratur, ut res à pluribus deponatur, conſtat ex ejus definitione, & Iuribus apertis. ſufficiat lex 17. *ff. h. t. Licet tam plures, quàm unus deponere poſſint, attamen apud ſequeſtrem non niſi plures deponere poſſunt.*

Objiciunt 4. Sequeſtrum neceſſarium ſæpè in æde ſacra deponitur, vel in loco publico. atqui cum æde ſacra non contrahitur, nec cum loco publico. Ergo ſequeſtrum neceſſarium non eſt contractus. Argumentum nec tyrone dignum. Quaſi verò non eſſent adminiſtratores, & Præpoſiti Eccleſiarum, qui depoſitum ſequeſtrari permittunt. Cum his utique poteſt fieri Contractus. Sed nunc de Sequeſtro ſpecialiùs agamus.

CONTROVERSIA III.

De ſequeſtro in ſpecie.

SUMMARIUM.

AN Sequeſter per ſequeſtrationem fiat poſſeſſor? 793.

Conciliatio legis 17. §. 1. ff. depoſiti. *cum lege* 39. ff. de acquir. poſſeſſ. 794.

Solvitur argumentum Connani. 795.

Quouſque liceat Iudici decernere ſequeſtrum neceſſarium. 796.

An ſolùm habeat locum in ſequeſtratione pecuniæ non facienda prohibitio ſequeſtrandi. 797.

An etiam Iure Canonico prohibeatur. eod.

Solvuntur argumenta adverſariorum. 798.

An ſequeſtratio faciliùs admittatur in mobilibus. 799.

Primus caſus quo licita eſt ſequeſtratio Iudici ex lege 7. ff. qui ſatisdare. eod.

Secundus caſus ex lege 1. §. 1. C. de aſſecurat. 800.

Tertius, ex lege 5. C. quorum appellatione, non recip. 801.

An in his caſibus etiam fructus ſequeſtrandi. eod.

Quartus, ex Conſtit. Caroli V. 802.

Quintus, ex lege 20. C. de agricolis. 803.

Sextus, ex Clement. un. de ſequeſt. poſſ. 804.

Septimus, ex capite 2. de dolo & contumac. 805.

An

An litiganti non habenti decernenda ſint alimenta ex re ſequeſtrata pendente lite. eod.
Ad quid obligetur Sequeſter. 806.
An oblatâ idoneâ cautione ſit relaxandum ſequeſtrum. 807.
Quomodo Sequeſtrum finiatur. 808.
Quænam actio competat ex Sequeſtro. 809.
Quomodo ſequeſtrum differat ab arreſto. 810.
An prohibitâ ſequeſtratione ſuperſit aliud remedium pro ſecuritate actoris. eod.

793. QUÆRITUR 1. An ſequeſter per ſequeſtrationem fiat poſſeſſor, ità ut deponentes transferant poſſeſſionem in illum, ipſi verò deſinant poſſidere, adeoque uſucapio ipſis non currat. Imprimis Iure Bavarico *L R. tit.* 19. *a.* 11. videtur requiri, ut partes expreſsè conveniant ut uſque ad finem judicii neutra pars poſſideat. De jure communi ergo loquendo,

Extant in Digeſtis duo textus in ſpeciem ſibi admodum contrarii, multùmque negotii fecêre pluribus interpretibus ante hac, nunc autem RR. in eorum conciliatione ferè conveniunt.

Primus ergo textus eſt ICti Florentini in lege 17. §. 1. *ff. h. t.* ubi videtur clarè poni affirmativa, nempe quòd tranſeat poſſeſſio in ſequeſequeſtrem. [Rei depoſitæ proprietas apud deponentem manet, ſed & poſſeſſio, niſi NB. apud ſtrem depoſita eſt. Nam tum demum ſequeſter poſſidet: id enim agitur eâ depoſitione, ut neutrius poſſeſſioni id tempus procedat.] Ità Florentinus. Audiamus jam Iulianum.

Iulianus itaque in *l.* 39. *ff. de acquir. poſſeſſ.* Sic ſtatuit. [Intereſſe puto, quâ mente apud ſequeſtrem deponitur res. Nam ſi omittendæ poſſeſſionis causâ, & hoc apertè fuerit approbatum, ad uſucapionem poſſeſſio ejus partibus non procederet. At ſi cuſtodiæ cauſâ, deponatur, ad uſucapionem eam poſſeſſionem victori procedere.] Quandocunque ergo non expreſsè convenerit, ut ipſa poſſeſſio ſit depoſita, adeoque interrupta ex parte poſſidentium, tunc manet & continuatur poſſeſſio in ordine ad uſucapiendum apud deponentem, qui priùs verè poſſederat, adeo ut pendente lite poſſit uſucapionem complere.

Subſcribendum eſt in hoc puncto cum communiore DD. Iuliano, & dicendum, quòd nunquam poſſeſſio acquiratur ſequeſtri, & deſinat in deponente, niſi hoc expreſsè convenerit, ut ipſa poſſeſſio, de qua fortè litigatur penes quem ſit, ſit in ſequeſtrum depóſita, adeoque in ſequeſtrem translata. Probatur autem ulteriùs. Quia nemo præſumitur velle à ſe abjicere poſſeſſionem, niſi hoc manifeſtet, eſt enim poſſeſſio jus æſtimabile, quod nemo cenſetur jactare velle, quando non ſervit ad finem intentum. atqui depoſitum non requirit hanc poſſeſſionis translationem, ut patet non ſolùm in eo quod non eſt ſequeſtrum, verùm etiam in ſequeſtro neceſſario, in quo etiam adverſariorum præcipui, ut Bartolus, Salicetus, Felinus, Schneidevvein, Gail, aliique plures fatentur, non tranſire poſſeſſionem in ſequeſtrem, cùm unicè fiat cuſtodiæ cauſâ, ad cavenda varia inconvenientia, rixas, &c. inter partes, niſi res alteri cuſtodienda traderetur. ergo niſi deponentes aliud expreſsè velint, illud ſolùm agere voluiſſe cenſendi ſunt, quod eſt de ratione depoſiti.

694. Rejectis variis & divinatoriis conciliationibus quæ apud Nicolaum de Paſſeribus videri poſſunt, expedita valde eſt, quam ut dixi RR. communiter amplectuntur, nempe reſponſum Florentini non aſſerere, quòd univerſim poſſeſſio tranſeat in ſequeſtrem, ſed tunc ſolùm, quãdo ipſa poſſeſſio utpote litigioſa apud ſequeſtrem voluntarium deponitur. Adeoque in textu relato vox *depoſita*, non ad rem depoſitam, ſed ad poſſeſſionem (quæ vox immediatior eſt) referenda eſt. Hoc totum autem affirmat etiam Iulianus, qui ſolùm magis exprimit, quòd partes litigantes debeant hoc expreſsè agere & approbare, quòd nolint ipſi poſſidere, nec ſibi remedia poſſeſſoria competere, nec uſucapionem perficere poſſe, dum lis pendet: quod quidem fieri ſæpè expedit, ad varia incommoda præcavenda, ut dictum eſt.

Hanc conciliationem Arnoldus Rath c. 1. th. 25. confirmat ex eo, quòd in lege 17. citata (quæ eſt Florentini) habeantur hæc verba: tum demum ſequeſter poſſidet, CUM APUD EUM DIMISSA EST POSSESSIO. quæ tamen verba in nullo exemplari reperire potui: & ſi extarent, res eſſet expedita.

795. Objicit Connanus lib. 7. Commentar. Iur. Civil. c. 4. Si poſſeſſio non ſemper tranſiret in ſequeſtrem, fruſtra prohiberetur ſervus rem Domini ſui in ſequeſtrum ſine conſenſu Domini ponere. atqui prohibetur *lege pen. ff. h. t.* [Servus tuus pecuniam cum Attio in ſequeſtre depoſuit apud Mævium, eâ conditione, ut ea tibi redderetur, ſi tuum eſſe probâſſes, ſi minùs, ut Attio redderetur; poſſe dixi cum eo apud quem depoſita eſſet, incerti agere, id eſt, ad exhibendum, & exhibitam vindicare, quia ſervus in deponendo tuum Ius deteriùs facere non potuiſſet] Sequela probatur: quia ſervus poteſt ignorante Domino rem Domini deponere: ergo etiam poſſet in ſequeſtrum deponere, niſi poſſeſſio transferretur. Ad hoc argumentum reſpondeo negando ſequelam, & ad probationem negando conſequentiam, & paritatem. Quòd poſſit ſervus rem Domini eo ignorante deponere depoſito ſpecificè dicto, hoc eſt, non ſequeſtro, habetur *l.* 1. §. 27. *ff. h. t.* *Non ſolùm ſi ſervus meus, ſed & ſi*

is qui

is qui bonâ fide mihi ſerviat, rem depoſuerit, æquum erit dari mihi actionem, ſi rem ad me pertinentem depoſuit. Quòd autem ex hoc non valeat conſequentia ad ſequeſtrum, & ſervo non ſit permiſſum deponere res Domini apud ſequeſtrem, probatur ex generali regula, quòd ſervus poſſit Domini conditionem facere meliorem, non autem deteriorem. *l. 133. ff. de R. I. Melior conditio per ſervos noſtros fieri poteſt, deterior fieri non poteſt.* Iam verò, etiamſi non transferret poſſeſſionem in ſequeſtrem, adhuc tamen deponendo apud ſequeſtrem faceret conditionem Domini peiorem, quia adhuc Ius Domini peius faceret, ut dicitur in lege 33. jam recitata; nempe quia per hujusmodi ſequeſtrum Dominus impeditetur rem ſequeſtratam vindicare, vel agere ad exhibendum: cogeretur enim exſpectare finem judicii, & donec adverſarius ſervi ſuccumberet in probando rem ſuam eſſe: nam ſequeſtrum hanc in ſe conditionem habet, ut tunc primùm res reddatur, & quidem ei, qui ſuam eſſe probaverit.

796. QUÆRITUR 2. Quousque licitum ſit Iudici decernere ſequeſtrum neceſſarium. ℞. De hoc exſtare legem unicam *C. de prohibita ſequeſtratione pecuniæ.* [Quoties ex quolibet contractu pecunia poſtulatur, ſequeſtrationis neceſſitas conquieſcat. Oportet enim debitorem primò convinci, & ſic deinde ad ſolutionem pulſari: quam rem non tantùm Iuris ratio, ſed & ipſa æquitas perſuadet, ut probationes ſecum afferat, debitorémque convincat pecuniam petiturus.]Ità Imperatores Honorius & Theodorus.

Prohibitum eſt itaque Iudicibus ſequeſtrũ partibus imponere regulariter loquendo, quamdiu actor non probaverit, alterum eſſe debitorem.

Dixi: *Regulariter loquendo*: Nam plures rurſus excepti ſunt, de quibus poſtea. Ius Bavaricum *L. R. tit. 19. a. 4.* inſuper ſtatuit, ut ſi extra caſus exceptos Iudex ſequeſtrum impoſuerit, & ipſe, & pars impetrans ſequeſtrum, debeat à Magiſtratu ſuperiore puniri, & præterea in expenſarum, & damni refuſionem condemnari. Circa hanc prohibitionem ulteriùs

797. QUÆRITUR 3. An ſolùm habeat locum in ſequeſtratione pecuniæ non facienda, vel an etiam prohibeatur aliarum rerum, imò ipſius rei litigioſæ ſequeſtratio. Ratio dubitandi eſt, quia textus, imò & ipſa Rubrica tantùm loquitur de pecunia. Nihilominus ex recepta Interpretum ſententia extenditur ad aliarum etiam rerum ſequeſtrum, ob rationis paritatem, quam paritatem agnoſcit implicitè ipſa lex, dum ait; *Ipſa æquitas perſuadet, ut probationes ſecum afferat, debitorémque convincat pecuniam petiturus.* Et Ius Bavaricum aliam rationem inſinuat, quia generaliter prohibitum eſt, proceſſum ab executione inchoari. Ratio æquitatis eleganter ulteriùs declaratur ab Arnoldo Rath th. 28. primùm, quòd affirmatio actoris, qui intendit rem petitam ſibi deberi, nihil in re ipſa mutet, ſi falſa eſt: cùm igitur fieri poſſit, ut ſit falſa, nec certè de ea qualis ſit, ante ſubſecutam probationem conſtare queat: æquum eſt, propter eam nihil in Iure rei conventi immutandum eſſe. Deinde cùm actor ſibi intendit deberi, & reus negat, neutro probante quod dicit, hactenus apparet, utriusque parem eſſe cauſam, indeque meliorem manere conditionem poſſidentis, aut potiùs parem eſſe effectum cauſæ apud utramque partem, ut qui priùs non poſſideat, nec jàm poſſeſſionem adipiſcatur, qualis eſt actor: & econtra antè poſſidens, etiam nunc poſſeſſionis commodis fruatur, qualis eſt ipſe reus. & hoc ſenſu accipiendum eſt, quod in lege 128. *ff. de R. I.* cavetur: *In pari cauſa poſſeſſor potior haberi debet.* nempe ut ſuo loco maneat poſſeſſio, ut dicitur §. 4. *Inſt. de Interd.*

Non ſolùm autem Iure Civili, ſed etiam Iure Canonico hujusmodi ſequeſtratio *in cap. 2. de ſequeſtrat. poſſeſſ. & fructuum.* improbari putatur. Verùm, hic locus poſſet ab adverſariis (qualis eſt Cuiacius, & Forneriſus) facilè eludi, quòd fuerit ibi ſpecialis cauſa tollendi ſequeſtrum, nempe abuſus in diſtrahendis fructibus: nam cùm de ſequeſtribus relatum eſſet, quòd fructus medio tempore perceptos pro ſuo diſtrahant libito voluntatis, ſubjungitur: [Quocirca mandamus, quatenus, ſi eſt ità, facientes fructus ſequeſtrari prædictos, ſi quid de ipſis per eos diſtractum inveneritis, in ſtatum priſtinum revocetis.] Ergo ſi non fuiſſet ità, & nihil fructuum diſtractum fuiſſet, non improbata fuiſſet ſequeſtratio. Et ità hoc capitulum videtur mihi intellexiſſe etiam Vivianus in ſuo Rationali, ut legenti patet. Vnde ſubjungit, caſum hujus capituli eſſe unum ex exceptis à regula generali, qua ſequeſtratio prohibetur in lege un. C. citata. quod idem dicendum eſt de caſu qui habetur in c. 1. ubi ratione ſcandali revocatur mandatum de ſequeſtro. Quare Harpprecht, VVidman, & ante hos plures alii minùs rectè mihi ſupponere videntur, ex hoc capitulo probari indubitatè prohibitionem ſequeſtri.

798. Sed videamus, quibus argumentis adverſarii inducantur ad negandam hanc prohibitionem, ſaltèm loquendo de ſequeſtratione aliarum rerum, quàm pecuniæ. Et quidem quoad primum & præcipuum argumentum jàm eſt reſponſum, nempe quòd non obſtet, textum loqui de ſola pecunia. Accedit, quòd in Iure ſæpiùs etiam corpora veniant nomine pecuniæ, ut habetur *l. 178. ff. de V. S.* ibi. *Nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri, nemo eſt qui ambigat.* Cùm ergo æquitas prohibendi procedat in corporibus æquè ac pecunia numerata, nihil obſtat, quominus in lege un. corpora quoque nomine pecuniæ comprehendantur.

tis, ſed tranſire ad hæredes donec revocetur. Habetur utrumque *l.* 12. §. 1. *eod.* [Precariò rogatio & ad hæredem ejus qui conceſſit, tranſit; ad hæredem autem ejus qui precariò rogavit, non tranſit, quippe ipſi tantùm, non etiam hæredi conceſſa poſſeſſio eſt.] Idem habetur *c. fin. de precariis.* Quin imò etiam ad ſucceſſores ſingulares extenditur in lege 8. §. 1. & 2. eod. [Quod à Titio precariò quis rogavit, id etiam ab hærede ejus precariò habere videtur, eoque jure utimur. Ergo & à cæteris ſucceſſoribus habere quis precariò videtur. Idem & Labeo probat, & adjicit, etiamſi ignoret quis hæredem, tamen videri eum ab hærede precariò habere. Illud tamen videamus, quale ſit, ſi à me precariò rogaveris, & ego eam rem alienavero, an precarium duret re ad alium tranſlatâ. Et magis eſt, ſi ille non revocet, poſſe interdicere, quaſi ab illo precariò habeas, non quaſi à me: & ſi paſſus eſt aliquo tempore à ſe habere precariò, rectè interdicet, quaſi à ſe precariò habeas.] Itaque ex parte concedentis non finitur precarium ipſâ morte, ſed revocatione, vel ab ipſo concedente, vel à ſucceſſore factâ, quando abſque temporis deſignatione conceditur. Aliud eſſet, ſi adjiceretur limitatio quæ ad voluntatem determinatam concedentis alligaret, v. g. dicendo: poſſideas quamdiu mihi placitum erit. Tunc enim ex communi doctrina, quam retuli *Tr. 1. de Legibus*, cenſeretur conceſſio limitata ad vitam ipſius concedentis, caſu quo nunquam revocet: quia poſt vitam nullum amplius habet placitum, & ſic deficit conditio adjecta, etiam abſque omni actu contrario & revocatorio. Ità habetur *l.* 4. *ff. locati. Locatio, Precariive rogatio ità facta*: quoad is qui eam locâſſet, dediſſetvè vellet: morte ejus, qui locavit, tollitur. Idem habetur *c.* 5. *de Reſcript. in* 6. quod alibi retuli.]

DUBITATUR 6. Quænam actio competat concedenti contra rogantem, quâ res conceſſa repeti poſſit. ℞. Inprimis competere interdictum Reſtitutorium de precariis. *l.* 2. *ff. h. t.* Ait Prætor. [Quod precariò ab illo habes, aut dolo malo feciſti ut deſineres habere quâ de re agitur: id illi reſtituas.] Deinde etiam competit actio præſcriptis verbis, ut ibid. habetur §. 2. [Itaque cùm quid precariò rogatum eſt, non ſolùm hoc interdicto uti poſſumus, ſed etiam præſcriptis verbis actione, quæ ex bona fide procedit.

Objici poſſet, ex hoc ſequi, quòd precarium ſit Contractus; quod tamen ſuprà negatum eſt. Sequela probatur. Quia actio præſcriptis verbis datur ex Contractibus innominatis. Reſpondet Hunnius, Conſtitutiones de Precario dare actionem *Præſcriptis verbis* ex bono & æquo potiùs, quàm ex negotio & contractu, ut indicatur in dicto §. propter ſimilitudinem cum commodato. Nam cæteroquin ex Precario nulla civilis actio naſcitur, ut habetur *l.* 14. *h. t.* [*Interdictum de Precariis meritò introductum eſt, quia nulla eo nomine Iuris civilis actio eſſet, magìs enim ad donationes, & beneficii cauſam, quàm ad negotii contracti ſpectat precarii conditio.*] Ex quo textu ſuprà dixi, probari non eſſe contractum.

Contra hoc ipſum tamen objici poſſet ex *l.* 23. *ff. de R. I.* ubi Precarium vocatur contractus. ℞. Tamen, ibi in larga ſignificatione ſumi nomen Contractûs, complectendo ea etiam, quæ ſimilitudinem habent cum contractibus, unde etiam quaſi contractus negotiorum geſtorum ibi enumeratur.

Adverto hîc, poſſe dari caſum, quo Precarium abſque omni revocatione tam Iudiciali, quàm extrajudiciali finiatur: nempe quando debitor à creditore accipit pignus precariò, deinde verò debitum ſolvit, ceſſat precarium, ut habetur *l.* 11. *ff. h. t. Si debitor rem pignoratam precariò rogaverit, ſolutâ pecuniâ Precarium ſolvitur, quia id actum eſt, ut uſque eò Precarium teneret.*

773. Reſtat breviter aliquid dicendum de Contractu Precariæ, Iure Civili incognito, ſed Iure Canonico introducto. Sunt autem Precariæ, quando aliquid conceditur, vel in perpetuũ, vel ad vitam accipientis, aut ad tempus certum, ſeu breve ſeu longum, & differt à Precario Civili, quòd ante illud tempus non poſſit revocari, ſi fuerit rationabiliter conceſſum: ſecùs, ſi irrationabiliter, nam tunc ſucceſſor non ſolùm poteſt, ſed ratione officii tenetur revocare. *c. h. t.* [De Precariis irrationabiliter factis à Rectoribus Eccleſiarum ſe ſuóſque ſucceſſores pœnâ gravi obligantibus, ut facta ipſorum diſſolvere nequeant: præcipimus, ut nemo ſucceſſor anteceſſoris ſui pœnâ ſit obligatus, ſed ſuæ providentiæ ſit conceſſum, ut ſi anteceſſor ejus res Eccleſiæ irrationabiliter diſtribuit, ab eo ad Ius ejuſdem Eccleſiæ revocentur.]

Modus autem conſtituendi Precariam eſt varius, ut ex variis Canonibus advertit P. Molina d. 298. n. 21. aliquando conceditur pro certa annua penſione in perpetuum, vel ad vitam, vel ad decennium aut ultra, & tunc non differt ab Emphyteuſi, ut dixi tract. 9. in fine. Aliquando ad minus tempus decennio, & tunc non differt à locatione. Aliquando conceditur quoad uſumfructum pro aliis poſſeſſionibus ab accipiente dandis ſaltèm poſt mortem. Aliquando omnino gratis, vel propter merita, vel intuitu paupertatis, &c. Vocantur autem Precariæ, non obſtante quòd coïncidant cum aliis Contractibus, quia ſolent concedi ad preces accipientium. Hujuſmodi modus deſcribitur *c.* 2. *cauſa* 10. *q.* 2. *in fine.* [Si Oeconomus Eccleſiæ proſpexerit expedire, ut deſideranti cuiquam certarum poſſeſſionum atque prædiorum (urbanorum ſcilicet; ſive ruſticorum) ad Ius Eccleſiaſticum pertinentium, temporalis uſusfructus poſſeſſio pro ipſius petitione præſtetur, tunc ejus temporis, quod inter

Digitized by Google

ter utroſque convenerit, ſive in diem vitæ ſuæ ab eo qui deſiderat, poſtuletur, pacta cum eo qui hoc elegerit, ineat Oeconomus, atque conſcribat, per quæ & tempus, intra quod hoc præſtari placuerit, ſtatuatur, & manifeſtum ſit, quod quiſque acceperit ad invicem.]

Illud etiam in his Precariis conſtitutum eſt, ut de Quinquennio in Quinquennium renoventur: non quidem ut de novo celebretur contractus, quidquid dixerit gloſſa: ſed eo fine, ut exſtet Contractûs facti memoria. Porrò, hujusmodi Precariæ ſolet apponi clauſula, ut accipiens teneatur ſingulis quinquenniis Contractũ renovare, alioquin amiſſurus Contractum. quæ renovatio non eſt aliud, quàm iterata recognitio. Quodſi fortè illa clauſula omittitur, tacitè tamen ſubintelligitur, quia cenſetur Contractus initus ſecundùm formam Iuris communis: niſi conſuetudo loci aliud haberet: tunc enim potiùs cenſeretur Contractus initus ſecundùm loci conſuetudinem. Et hæc de Precaria, de qua etiam aliquid dictum eſt tomo tertio.

CAPUT VIII

DE *CONTRACTU DEPOSITI,* *ET* *SEQUESTRO.*

CONTROVERSIA I.

Quæ ſit Definitio, ac Natura Depoſiti.

SUMMARIUM.

Variæ acceptiones Depoſiti. 774.
Depoſiti definitio 775.
Quidſi in contractu appoſitum ſit tempus & terminus, quo Depoſitarius rem cuſtodiat, an intra hoc tempus repetendi reſtituendum. 776.
Intellectus legis 1. §. 22. ff. Depoſiti. *eod.*
An ſit contra naturam depoſiti pactum in favorem depoſitarii. 777.
An acceptâ facultate utendi, poſſit reſtitutio denegari uſque ad adventum diei. 778.
An non factâ expreſsè facultate utendi, graviter peccetur utendo. 779.
An maneat contractus Depoſiti in re fungibili cum translatione dominii, ſed reſervatâ poteſtate repetendi ad libitum. 780.
An in tali contractu eſſet locus exceptione d: non numerata pecunia. 781.
Intellectus legis 26. §. fin. ff. Depoſiti. 782. *& ſeq.*
An, ſi Depoſitarius in caſu conclusionis, ſi eſſet in mora, teneretur ad uſuras. 784.
Intellectus legis 24. ff. Mandati. *eod.*
An, ſi deponens rem fungibilem det facultatem utendi, nolit tamen eſſe mutuum, transferatur dominium. 785.
Diſparitas inter Mandatum & Depoſitum. 786.
Conciliatio legis 34. ff. Mandati. & legis 15. ff. de rebus credit. *eod.*

774. De hoc Contractu eſt in Digeſtis titul. 3. lib. 16. & in Codice tit. 34. lib. 4. in Inſtit. §. 3. 1. *Quib. mod. re contr. oblig.* Porrò vox *Depoſitum* aliquando ſumitur pro re ipſa depoſita. & ità deſcribitur ab Vlpiano in *l. 1. pr. ff. h. t.* dum ait. *Depoſitum eſt, quod cuſtodiendum alicui datum eſt.* Hoc loco accipitur pro ipſo Contra-

ctu, quo Deponenti Ius acquiritur. Deponenti, inquam, cujus ſolius utilitatem ſpectat, nullum autem Ius acquiritur (niſi per accidens) Depoſitario: ne quidem Ius poſſidendi. Vnde ſi res depoſita pervenit ad hæredem, ignarum, eſſe depoſitum, etiamſi putet, rem illam eſſe hæreditariam, adeoque eſſe ſuam, hæc tamen ignorantia non eſt ſufficiens, ut inde naſcatur animus ille poſſidendi, qui requiritur ad præſcriptionem: & ideo talis res ab hærede ne quidem longiſſimo tempore præſcribitur: Ratio eſt, quia hæres, quâ hæres habet primariò & implicitè illum animum tenendi, quem habuit defunctus, quem repræſentat: atqui iſte non detinuit rem animo habendi ſibi. Imò etiamſi voluiſſet defunctus, & vellet hæres tenere rem ut ſuam, non propterea fieret poſſeſſor, quia ſolo animo nemo poteſt ſibi mutare cauſam poſſeſſionis, ut ſuo loco dictum eſt. deberet ergo aliquis actus intervenire, quo interverteretur poſſeſſio deponentis: & hoc ſibi vult lex *cùm hæres. ff. de diverſis & temporalib. præſcript.* [Cùm hæres in Ius omne defuncti ſuccedit, ignorantia ſua vitia defuncti non excludit: veluti cùm ſciens alienum, vel precariò poſſedit: & ideo licèt precariam ignorans uſucapere non poteſt.] Sed de hoc ſuo loco actum eſt tract. 5. cap. 2. contr. 3. à n. 251. ubi contrariam ſententiam etiam probabilem eſſe oſtendi. Nunc ad definitionem Depoſiti, ut eſt Contractus.

775. Depoſitum accuratè definitur ab Harpprecht: [Contractus re initus, nominatus, Iurisgentium, bonæ fidei: quo res gratis cuſtodienda alicui traditur, eo fine, ut eadem illa in ſpecie (Philoſophicè, in individuo) quandocunque deponenti libuerit, reſtituatur.]

Quamvis autem particula *Gratis* in definitione Vlpiani non reperiatur, ea tamen ſubintelligenda eſt, alioquin tranſibit vel in Contractum Locationis, vel *do ut facias*: prout habetur in §. 9. *l.* 1. *ff. h. t.* [Si quis ſervum cuſtodiendum conjecerit fortè in piſtrinum, ſi quidem merces intervenit cuſtodiæ, puto eſſe actionem adversùs piſtrinarium ex conducto. ſi verò mercedem accipiebam ego pro hoc ſervo, quem in piſtrinum accipiebat, ex locato me agere poſſe: quòd ſi operæ ejus ſervi cum cuſtodia penſabuntur, quaſi genus locati & conducti intervenit: ſed quia pecunia non datur, præſcriptis verbis datur actio: ſi verò NB. nihil aliud, quàm cibaria præſtabat, nec de operis quidquam convenit, Depoſiti actio eſt.]

Quod in Definitione dicitur, rem depoſitam eſſe reſtituendam, *quandocunque deponenti libuerit*: eſt intelligendum per ſe loquendo. nam per accidens poſſet fieri, ut non ſit obligatio reſtituendi petenti, v. g. gladium depoſitum illi, qui molitur homicidium, utrum autem ob expenſas? eſt controverſum, de quo infrà.

776. DUBITATUR 1. Quid ſi in ipſo contractu appoſitum ſit tempus & terminus, ut Depoſitarius, v. g. per tres continuos annos cuſtodiat: quæritur, inquam, an intra hoc tempus repetenti reſtituendum ſit depoſitum. ℞. Affirmativè. & habetur expreſsè *l.* 1. §. 45. *& ſeq. ff. h. t.* [Si depoſuero apud te, ut poſt mortem tuam reddas; & tecum, & cum hærede tuo poſſum depoſiti agere: poſſum enim mutare voluntatem, & ante mortem tuam depoſitum repetere.] Ratio eſt, quia cùm iſte contractus unicè ſpectet commodum deponentis, terminus illi non adjicitur in præjudicium deponentis, ſed ad definiendam obligationem alterius: quaſi dictum eſſet: *tenearis ad tres annos non ultra cuſtodire, niſi priùs revocavero.*

Objici ſolet ex lege 1. §. 22. *ff. h. t.* ubi IC. Ulpianus agnoſcit, poſſe depoſito apponi conditionem, quâ non impletâ non teneatur depoſitarius rem reſtituere. [Eſt autem apud Iulianum ſcriptum, eum qui rem depoſuit, ſtatim poſſe depoſiti actione agere: hoc enim ipſo dolo facere eum, qui ſuſcepit, quòd repoſcenti non reddat NB. Marcellus autem ait, non ſemper videri poſſe dolo facere eum, qui repoſcenti non reddit. quid enim ſi in Provincia res ſit, vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non ſit facultas: vel NB. conditio depoſitionis non exſtitit?] Ex quibus ultimis verbis inferri poſſe videtur, non eſſe de eſſentia depoſiti, ut debeat reddi ad libitum repoſcentis, quia poteſt apponi conditio, quâ non impletâ non tenetur depoſitarius reddere depoſitum. Ergo etiam poterit adjici dies, ante quem non ſit obligatus reddere.

Reſpondet poſt alios Interpretes Treutlerus *th.* 1. *litt. G.* & cum eo Hunnius, hunc §. eſſe intelligendum non de quocunque depoſito, ſed de ſequeſtro: ideo autem ſequeſtro dies & conditio adjici poteſt, quia dies atque conditio, etiamſi non proſint ſequeſtro, ſive depoſitario, proſunt tamen alteri litiganti, cujus intereſt, adverſario non protinus reſtitui rem ſequeſtratam.

Hæc reſponſio ſemper mihi viſa eſt merè divinatoria, cùm neque in textu relato, neque in toto contextu ulla fiat mentio ſequeſtri.

Alii aliter voluerunt intelligere textum de conditione vel die adjectâ, ſuſpendente ipſam obligationem & valorem contractûs. Sed hæc interpretatio eſt textui contraria, in quo eſt apertus ſermo de contractu jam abſolutè celebrato.

777. Ad objectionem ergo reſpondeo, non eſſe contra naturam hujus contractûs, quòd per accidens, & ex conventione partium poſſit adjici pactum in commodum depoſitarii, quo ponatur certa conditio, ante cujus impletionem non teneatur reddere depoſitum: eſt enim regula generalis, quòd in contractibus, præſertim bonæ fidei, pacta adjecta ſint ſervanda, & quòd contractus à conventione legem accipiant, ut ſæpè dictum eſt. Sicut ergo poteſt depoſitarius ex pacto adjecto

jecto obligari ampliùs, quàm præcisè ex natura contractûs obligaretur (hoc eſt ad ſolam colpam latam) ut habetur *l. 1. §. 35. ff. h. t.* ità etiam poterit adjici pactum, ut v.g. non teneatur reſtituere depoſitum, niſi priùs ſibi ſolvantur expenſæ factæ in rei depoſitæ conſervationem, vel niſi priùs ſibi ſolvatur aliud debitum, &c. quod utique affert depoſitario aliquam utilitatem, quia ſic ſtimulatur deponens ad maturandam ſolutionem. Falſum ergo eſt, quòd in depoſito nulla conditio appoſita poſſit in commodum depoſitarii obligationem reſtituendi ſuſpendere, prout vulgò ſupponitur, ſed malè, ut etiam advertit Arnoldus Rath *lib. 12 cap. 1. litt. e. & f.* De tali ergo conditione loquitur §. 22. objectus, & ideo ad ejus veritatem defendendam nulla eſt neceſſitas recurrendi ad Sequeſtrum.

778. DUBITATUR 2. Si depoſitum non ſolùm eſt ad certum tempus contractum, verùm etiam data eſt depoſitario facultas utendi re depoſitâ, an tali caſu poſſit depoſitarius repoſcenti denegare reſtitutionem uſque ad adventum diei ad quem depoſitum fuit extenſum. Ratio dubitandi & affirmandi eſt: quia facultas utendi eſt utique conceſſa in favorem & commodum depoſitarii: ergo hoc jus non poteſt illi invito auferri.

Reſpondeo, hoc totum pendere ex mente contrahentium, quo ſenſu ſcilicet illa facultas utendi fuerit conceſſa. Si enim deponens voluit abſolutè obligari ad non prævertendum tanti temporis uſum, tunc ſi hoc præcisè in utilitatem depoſitarii fieret, haberet contractus naturam commodati, vel aliquando etiam mutui, ut patet ex alibi dictis. Quodſi uſus concederetur pro ipſa cuſtodia, poſſet habere naturam contractûs innominati: *Facio ut facias*: hoc eſt: facio tibi copiam utendi, ut tu cuſtodias. Cæterùm, nulla eſt repugnantia, quominus poſſit etiam eſſe contractus depoſiti, ſi nempe illa facultas fieret per modum precarii; & niſi aliud exprimeretur, ità præſumeretur facta, ut ſcilicet tamdiu poſſit uti, quamdiu ipſum depoſitum non revocetur: v.g. ſi quis libros apud aliquem deponeret, & interim uſum permitteret.

779. DUBITATUR 3. Si facultas utendi non eſſet expreſsè conceſſa depoſitario, an graviter peccaret utendo re depoſitâ. Ad hoc reſpondendum eſt ex principiis alibi traditis, & ex communi Theologorum ſententia, non peccaturum, ſi bonâ fide putaret, non eſſe invitum deponentem, quominus utatur. Et hoc nullam poteſt habere difficultatem, quando talis uſus nihil penitus præjudicii afferret deponenti, eo quòd res depoſita non redderetur deterior, nec exponeretur periculo perdendi, &c. tunc enim eſſet deponens irrationabiliter invitus. In aliis verò, ubi fortè poſſet eſſe invitus, aliquando tamen ex circumſtantiis poteſt depoſitarius rationabiliter præſumere, ipſum non eſſe invitum, v. g. in uſu librorum depoſitorum, tunc utendo non peccaret, excuſante eum bonâ fide, etiamſi fortè à parte rei falleretur, quia fortè dominus nõ conceſſiſſet uſum niſi pro pretio: & tunc, ſi inde locupletior factus eſſet, teneretur deponenti ſolvere pretium uſûs, ut adnotavit Lugo n. 4. in fine, qui etiam cum Molina & aliis docet, non peccaturum, ſi uteretur re depoſitâ, quæ ipſo uſu conſumitur, v.g. frumento, ſi moraliter certus eſt, ſe poſſe æquè bonum habere in promptu, quandocunque depoſitum repeteretur.

DUBITATUR 4. An maneat contractus depoſiti, ſi quis deponat pecunias v.g. vel aliquam aliam rem fungibilem, hoc eſt, in numero, pondere aut menſura conſiſtentem, hac lege, ut quidem dominiũ illius rei transferat in depoſitarium, nec tamen velit eſſe mutuum, eò quòd ſibi reſervet jus revocandi ad libitum, adeoque teneatur depoſitarius vel eandem rem in ſpecie, vel aliam ejusdem generis (ſi fortè rem depoſitam conſumpſit) reſtituere. Aliqui, quos refert Emanuel Açoſta, videntur velle, quòd talis contractus potiùs habeat rationem mutui quàm depoſiti, & ideo docent, quòd in eo locum habeat exceptio non numeratæ pecuniæ, de qua actum eſt *tract. 9. cap. de Mutuo.*

780. DICO tamen talem contractum principaliùs habere rationem depoſiti, quamvis habeat aliquid admixtum de mutuo, quatenus transfert dominium rei traditæ, & ſi res pereat, depoſitario pereat, plus tamen habet de natura depoſiti: nam de mutui conceptu eſt, ut fiat unicè in gratiam mutuatarii; atqui in caſu poſito non fit in gratiam depoſitarii, ſed potiùs deponentis, qui ſuum commodum quærit, ut patet: huic enim depoſitarius primariò præſtat beneficium, eſto per accidens poſſit inde aliquod emolumentum conſequi, v.g. negotiando. Deinde mutuum non poteſt mutuans ad libitum repetere, ut ſuo loco dictum. In hoc autem contractu ponimus quòd vi conventionis poſſit ad libitum repetere.

Denique, in mutuo propriè dicto locum habet compenſatio pro alio debito: at verò in tali depoſito non haberet locum compenſatio, ut in genere de depoſito certum eſt, & conſtabit ex dicendis. Ergo plus participat de depoſito quàm de mutuo.

Et quamvis P. Molina *d. 523. n. 2.* velit hunc contractum eſſe mixtum ex mutuo & depoſito, debet tamen hæc mixtio non impedire, quin ſimpliciter ad unam ſpeciem præ alia referatur, ſicut Theologi voluntarium mixtum cum Involuntario dicunt eſſe ſimpliciter voluntarium.

781. Hinc ergo infert rectè P. Molina & Arnoldus Rath, contra citatos DD. in tali contractu non futurum locum exceptioni de non numerata

merata pecunia. Hæc enim conceditur in favorem mutuatarii, qui neceſſitate adſtrictus, & obtinendi mutui cupiditate inducitur, ut præcipitanter ſcribat Apocham de pecunia mutua ſibi numerata, antequam numeraretur: quod ſanè de depoſitario, cujus nulla eſt (ut ponitur) neceſſitas, & qui non petit pecuniam apud ſe deponi, ſed potiùs à deponente rogatur, præſumi prudenter non poteſt. Et videtur hæc illatio conſormis *legi* 14. §. 1. *C. de non numer. pec.* ibi. [Ideoque ſancimus, inſtrumento quidem depoſitionis certarum rerum, vel certæ pecuniæ, ſecuritatibuſq; publicarum functionum, ſive in ſolidum, ſive ex parte ſoluta eſſe conſcribantur, illis etiam ſecuritatibus, quæ poſt confeſſionem dotalium inſtrumentorum de ſoluta dote ex parte vel in ſolidum exponuntur, NB. nullam exceptionem non numeratæ pecuniæ penitus apponi.]

782. Videtur mihi hoc ipſum confirmari poſſe ex caſu qui habetur in lege 26. §. *fin. ff. h.* 1. Caſus eſt hujuſmodi. Titius quaſi depoſitarius ſcripſit Sempronio quaſi deponenti epiſtolam hoc tenore. [Titius Sempronio ſalutem. Habere me à vobis auri pondo plus minus decem, & diſcos duos, ſaccum ſignatum, ex quibus deberis mihi decem: item ex ratione patris veſtri. 20. & quod excurrit.] uno verbo. Fatetur ſcripto, apud ſe eſſe depoſita v. g. 1000. Sed ſimul aſſerit, ſibi deberi. 20. quæritur à IC [An ex hujuſmodi ſcriptura aliqua obligatio nata ſit, ſcilicet quod ad ſolam pecuniæ cauſam attinet] ponimus autem, quòd reverà nullum depoſitum acceperit Titius à Sempronio. Reſpondet JC. [ex epiſtola obligationem quidem nullam natam videri, ſed NB. probationem depoſitarum rerum impleri poſſe:] Ergo tali non concederetur exceptio non numeratæ pecuniæ: Ergo nec in noſtro caſu: quia eſt eadem ratio.

783. Eſt tamen conſideratione dignum (quamvis huc non ſpectet) quòd in illo reſponſo ſtatim addit IConſultus. [An autem is quoque qui deberi ſibi cavit in eadem epiſtola decem, probare poſſit hoc quod ſcripſit, judicem æſtimaturum.] Hinc ergo quæſtio naſcitur, an ſicut Sempronio fas eſt ex data epiſtola probare depoſitum factum, ità etiam econtra Titio fas ſit ex eadem probare, ſibi deberi 20. vel an Sempronius poſſit epiſtolam approbare, & eâ uti quantùm ſibi prodeſt, reprobare autem, in quantum inde præjudicium patitur: & hoc videtur à JCto ſupponi: quod tamen poſſet alicui durum & abſonum videri. Videtur enim manifeſtè iniquum eſſe, quòd eadem ſcriptura diverſo jure cenſeatur, & ab una eademque perſona, in quantum ſibi favet, approbari, in quantum autem ſibi nocet, reprobari, ut conſtabit ex dicendis de teſtamentis. Hoc tamen non obſtante ſentiendum eſt cum reſponſo IC. poſſe hoc fieri in dicto caſu. Rationem dat Arnoldus Rath c. 2. th. 15. litt. Q. quòd nemo in re ſua & ad ſuam utilitatem, teſtis idoneus eſſe poſſit, benè tamen contra ſe ſcribenti creditur. Sed ut dixi hæc aliò ſpectant.

784. Infertur ex concluſione poſita 2. quòd hujuſmodi depoſitarius, ſi eſſet in mora reſtituendi, teneretur ad uſuras ſolvendas pro tempore moræ, prout univerſim de depoſitario conſtitutum eſt: atqui in mutuo hoc non eſt verum, niſi uſuræ fuerint in ſtipulationem deductæ. Et hoc diſcrimen fundatur in eo, quòd mutuum ſit ſtricti juris, depoſitum verò bonæ fidei, ut ſupponitur in lege 24. *ff. h.* 1. Huc facit leg. 25. §. 1. *ff. h. t.* ubi dicitur. [Qui pecuniam apud ſe non obſignatam, ut tantundem redderet, depoſitam, ad uſus proprios convertit: poſt moram in uſuras quoque judicio *depoſiti* condemnandus eſt.] Et ità etiam ſentit Hunnius var. reſol. *tr. 3. p. 4. q. 2.* & VVurmſetus *contr.* 16.

Contra concluſionem ipſam objici poſſet ex l. 24. ff. h. t. ubi dicitur: *talem contractum notiſſimos terminos depoſiti egredi.* Atqui egredi terminos alicujus rei, non eſt eſſe intra illos terminos: ergo talis contractus non manet depoſitum. Reſpondent interpretes communiter, ex eo quòd IC. dicat, egredi notiſſimos terminos depoſiti, plus non velle, quàm quòd non ſervet puram rationem depoſiti, ſed participet aliquid de mutuo. Ego tamen ingenuè fateor, mihi textum videri plus velle, vel ad minimùm rem non ſatis apertè reſolvere, ſed quaſi in dubio relinquere, & ideo ob alios textus claros dicendum eſſe, quòd retineat rationem depoſiti. Textus ità habet. [Nam ſi, ut tantundem ſolveretur convenit, egreditur ea res depoſiti notiſſimos terminos: in qua quæſtione NB. ſi depoſiti actio non teneat, cùm convenit, tantundem non idem reddi, rationem uſurarum haberi non facilè dicendum eſt.] atqui ſi maneret depoſitum, eſſet utique ratio habenda uſurarum poſt moram: ergo IC. ad minimùm dubitabat, an maneret depoſitum. Et fortè ideo dubiè reſpondit, quia, ut ſupra in ſimili dixi, tota res pendet ex mente contrahentium, an voluerint celebrare mutuum, an depoſitum. Et quòd quandoque velint mutuum contrahere, ſupponitur in *lege* 31. *ff. locati.* ubi dicitur, in creditum iri, quando quis pecuniam numeratam tradit, ita ut accipiens tantundem reddere teneatur. Breviter, puto id colligendum ex modo contrahendi, an principaliter in favorem accipientis, & erit mutuum, an verò in favorem deponentis, & erit depoſitum.

785. DUBITATUR 4. Verum, ſi deponens rem fungibilem det facultatem tali re utendi, & quòd velit contentus eſſe, ſi tantundem reſtituatur, nolit tamen contractum mutui celebrare, an in tali caſu dominium rei traditæ & depoſitæ ſtatim transferatur in depoſitarium: vel tunc primùm, quando depoſitarius acceptat ipſo

facto

Digitized by Google

facto hanc facultatem, & illam rem utendo conſumit. Hoc poſterius omninò dicendum videtur cum P. Molina & aliis. Quare tamdiu periculum interitûs erit deponentis tanquam adhuc domini, quamdiu depoſitarius illam rem non uſurpat, & abſumit. Colligitur ex lege 10. *ff. de reb. cred.* [Quodſi (*inquit Vlpianus*) ab initio, cum deponerem, uti tibi, ſi voles, permiſero: creditam non eſſe, antequam mota ſit: quoniam debitum iri non eſt certum.] Senſus eſt: non eſſe certum, quòd depoſitarius conſentiat in facultatem utendi, volendo eam licentiam redigere in actum, quia poteſt velle in natura & obligatione depoſiti perſiſtere.

Itaque poteſt quidem eatenus acceptare facultatem utendi, ut poſtea utendo non agat contra conventionem, ſed tamen poteſt nolle eſſe dominus tamdiu, quamdiu non actu conſumet, ſed primùm per ipſum motum & uſum velle fieri dominus, & rem ſuo periculo habere.

Ex allata lege, dum dicit: *ſi ab initio, &c.* per argumentum à contrario ſenſu, quòd ſi non ab initio, ſed ex poſt facto primùm daretur facultas utendi, inferri poteſt, depoſitum transformatum iri in mutuum: imò hoc aſſeritur in *lege 9. præcedente §. 9.* [Depoſui apud te decem: poſtea permiſi tibi uti. Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere quaſi mutua tibi hæc poſſe, ajunt. Et eſt verum. animo enim cæpit poſſidere: ergo tranſit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, & poterit ei condici.]

Ratio diſparitatis, quare, quando ab initio data eſt poteſtas utendi, non transferatur dominium, ſicut ſi poſtea detur, inſinuatur ultimis verbis legis: nempe quia depoſitarius à principio non rogavit ſibi credi pecunias, ſed potiùs rogatus eſt ab altero ut eas cuſtodiret: at verò poſtea rogavit. voluit ergo habere ut mutuas, & in ſuum commodum.

786. Poſſet tamen contra hoc ſecundum objici à paritate *mandati.* Nam ſi meus procurator accepit ex mandato 1000. à meo debitore, quos mihi debet actione mandati, etiamſi ego antequam mihi ſolvat, illi velim illa mille eſſe credita, ſeu mutuata, non propterea tranſit mandatum in mutuum, neque actioni mandati ſuccedit actio ex mutuo. Ergo nec depoſitum transformari poterit in mutuum, quando poſtea conceditur facultas utendi. ℞. Tranſeat antecedens, nego conſequentiam, & paritatem. Nam ideo in priore caſu mandatum non poteſt tranſire in mutuum, quia de conceptu mutui eſt, ut pecunia mutuò data fiat de mea tua. Atqui illa pecunia quam mihi debet mandatarius vigore mandati, necdum unquam fuit mea: ergo non poſſum in ea conſtituere mutuum. At verò in depoſito res aliter ſe habet, nam pecuniæ dominium manſerat apud deponentem, ut dictum eſt.

Dixi: Tranſeat antecedens. Nam circa illud ſunt leges in Iure adeo contrariæ, ut in illis conciliandis interpretes aliqui deſperent. Et quidem pro antecedentis veritate ſtat apertè Africanus in lege 34. *ff. mandati*, ubi etiam inter mandatum & depoſitum claris terminis aſſignat eandem diſparitatem, quam jam dedi: lex ità habet. [Qui negotia Lucii Titii procurabat, is cùm à debitoribus ejus pecuniam exegiſſet, epiſtolam ad eum emiſit, quâ ſignificaret, certam ſummam ex adminiſtratione apud ſe eſſe: eamque creditam ſibi ſe debiturum cum uſuris ſemiſſibus, quæſitum eſt, an ex ea cauſa credita pecunia peti poſſit, & an uſuræ peti poſſint. Reſpondit (*Africanus*) non creditam: alioquin dicendum, ex omni contractu nudâ pactione pecuniam creditam fieri poſſe. Nec huic ſimile eſſe, quòd ſi NB. pecuniam apud te depoſitam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat: quia tunc nummi qui mei erant, tui ſunt.] Huic è diametro contrarium aſſerit Vlpianus in lege 15. *ff. de rebus creditis.* [Singularia quædam recepta ſunt circa pecuniam creditam, nam ſi tibi debitorem meum juſſero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis: quod igitur in duabus perſonis recipitur, hoc et in eadem perſona recipiendum eſt, ut N. B. cùm ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas, & convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta.]

Doctiſſimus Arnoldus Rath rejectis aliorum conciliationibus *th. 46. cap. 1.* quamvis fateatur, non malè dicturum aliquem, illos ICtos probabilibus in utramque partem rationibus militantibus diſſenſiſſe, tamen ne in Iure antynomiam admitteret, cenſuit, ita componi poſſe, ut Africanus locutus dicatur de ratione juris, & naturâ mutui attentâ: Vlpianus verò voluerit mutuum ex æquo & bono ſuſtineri propter fictionem juris, quia brevi manu videtur pecunia ad mandatorem, & ab hoc ad mandatarium perveniſſe.

Exiſtimo, nec ſic omnem diſſenſionem tolli: nam Africanus ne quidem hanc æquitatem agnoſcit in mandato, quam tamen agnoſcit in pecunia à debitore exacta, quæ etiam nunquam fuit creditoris. Nam textui relato adjungit hæc formalia verba. [Item quòd ſi à debitore meo juſſero te accipere pecuniam, credita fiat. Id enim benignè receptum eſt.] Ecce! hic agnoſcit æquum & bonum, & negat hoc ipſum de mandato in priore caſu. Nicolaus de Paſſeribus refert & rejicit octodecim conciliationes, & inter illas etiam hanc jam relatam, quam tribuit Cujacio, Molinæo, Iulio Pacio, Treutlero, Ant. Fabro, & aliis, ac tandem deſperat. Plura dixi

in *tr. 9. c. de Mutuo.* Quò hæc difficultas ſpectat.

CONTROVERSIA II.

Quotuplex ſit Depoſitum.

SUMMARIUM.

Diviſio Depoſiti in illud quod eſt Iuris, & quod eſt conventionale ſeu facti. 787.

Subdiviſio depoſiti conventionalis in voluntarium & neceſſarium. 788.

Diviſio ejuſdem in Depoſitum ſimpliciter, & ſequeſtrum. 789.

Subdiviſio Sequeſtri in voluntarium & neceſſarium. eod.

An Sequeſtrum neceſſarium ſit ſpecies depoſiti tanquam generis. 790.

Solvuntur argumenta contraria. 791. *& ſeq.*

787. Dividitur 1. In Depoſitum quod eſt Iuris, & Depoſitum quod eſt facti. Depoſitum Iuris illud dicitur, quod vel ad ſiſtendum uſurarum curſum, vel inducendum liberationis effectum apud Magiſtratum interponitur. De hac depoſiti ſpecie loquitur Imperator Philippus in lege 17. *C. de Vſuris.* [Acceptam mutuò ſortem cum uſuris licitis Creditoribus poſt conteſtationem offeras, acſi non ſuſcipiant, conſignatam in publico depone, ut curſus legitimarum uſurarum inhibeatur: quo ſubſecuto, etiam periculo debitor liberabitur, & ius pignorum tolletur: cùm Serviana actio manifeſtè declaret, pignoris inhiberi perſecutionem, vel ſolutis pecuniis, vel ſi per Creditorem ſteterit, quo minùs ſolvantur.] Ex quo textu conſtat, quòd quando creditor recuſat accipere oblatam à debitore ſolutionem, poſſit eam debitor apud Iudicem deponere (antiquitùs etiam apud Eccleſiam, ut in textu dicitur) & ſic ſiſtere curſum uſurarum, ac inſuper creditorem ſubjicere periculo interitûs pecuniæ.

Depoſitum *facti* illud eſt, & dicitur, quod eo animo contrahitur, ut depoſitarius ad factum ſive ad cuſtodiam obligetur; ſoléique *conventionale* etiam appellari, & eſt illud, quod inter privatos eſt conſuetum ac familiare.

788. Depoſitum Conventionale ſeu *Facti* ſubdividitur in voluntarium & neceſſarium. Per voluntarium intelligitur illud, quod contrahitur abſque urgente præſente neceſſitate, mox explicanda. Neceſſarium verò, ad quod urget inſtans neceſſitas & morale periculum rem perdendi, niſi deponatur in cuſtodia alicujus, alioquin non depoſiturus. Exempla hujus neceſſitatis habentur lege 1. §. 1. *ff. h. t. Prætor ait, quod neque tumultûs, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii causâ depoſitum ſit, &c.* & §. 2. ponitur ipſa diviſio. *Meritò has cauſas deponendi ſeparavit Prætor, quæ continent fortuitam cauſam depoſitionis ex neceſſitate deſcendentem, non ex voluntate proficiſcentem.* & §. 3. ad depoſitum neceſſarium requiritur, ut non ex alia cauſa deponatur, quàm ex neceſſitate.

Eſt autem diverſus utriusque effectus. Nam qui voluntarium depoſitum perfidè reſtituere recuſat, condemnatur ſolùm in ſimplum: qui verò neceſſarium, condemnatur in duplum. Sic enim ait Prætor l. c. *Ex earum autem rerum, quæ ſuprà comprehenſæ ſunt, in ipſum in duplum judicium dabo.* Ratio indicatur §. 4. [Quippe cùm quis fidem eligit (abſque neceſſitate) nec depoſitum redditur, contentus eſſe debet ſimplo, cùm verò extante neceſſitate, deponat, creſcit perfidiæ crimen, & publica utilitas coërcenda eſt, vindicandæ Reipublicæ causâ. eſt enim inutile, in cauſis hujusmodi fidem frangere.] Vult dicere Vlpianus: quòd neceſſitatus ad depoſitionem, ſit majori commiſeratione dignus, & ideo major in depoſitario perfidia, adeoque meritò punienda condemnatione in duplum. Vnde, ut §. 2. relato habetur: ſi cauſa neceſſitatis non eſt adæquata, v. g. ſi quis profecturus Romam elegit Titium in depoſitarium rerum ſuarum: deinde repentè oritur incendium, quo fit, ut eædem res deponantur hoc momento, fortè citiùs quàm ſi non eſſet ortum, apud eundem Titium, ſi Titius fidem non præſtet, non condemnabitur in duplum.

789. Dividitur Depoſitum 2. In illud quod dicitur Sequeſtrum, & aliud, quod retinet nomen generis, & ſimpliciter *Depoſitum* dicitur: quod quidem ſæpiùs fit, ut uni ſpeciei nomen generis appropri etur, v. g. *Adoptio* eſt genus ad arrogationem, & adoptionem ſpecificè ſumptam: Cognatio eſt genus ad Agnationem, & Cognationem ſpecificè ſumptam. Ille apud quem res ſequeſtratur, dicitur *Sequeſter. l. 110. ff. de V. S.* [Sequeſter dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controverſia eſt, depoſuerunt, dictus ab eo, quod occurrenti, aut quaſi ſequenti eos, qui contendunt, committatur.] De Etymologia non eſt operæ pretium multùm contendere cum Alciato, qui eam perſtringit, dummodo rem ipſam teneamus.

Sequeſtrum ſubdivitur in Voluntarium & Neceſſarium, non eo ſenſu, quo Conventionale Depoſitum diviſum eſt, ſed alio. Voluntarium dicitur, quando litigantes mutuo conſenſu eligunt aliquem, apud quem res litigioſa interim dum lis durat, deponatur, reddenda victori, lite finitâ. Neceſſarium eſt, quando à Iudice compelluntur, & coguntur rem deponere apud aliquem tertium. De priore, h. e. voluntario, certum eſt, quòd ſit ſpecies Depoſiti.

790. De Sequeſtro neceſſario dubitatum eſt, an ſit ſpecies Depoſiti tanquam generis. Negârunt aliqui, inter quos Bocerus in §. 3. *n. 67.* Communior tamen ſententia affirmat, & eſt con-

formior

fortior modo loquendi, quem ipſa Iura obſervant; dum in genere Sequeſtrum vocant depoſitum, & frequentiſſimè dicuntur litigantes apud Sequeſtrem *deponere*, ut patebit ex ſeqq. imò ipſa actio quæ contra ſequeſtrem datur, vocabulum commune retinet, & dicitur *Actio depoſiti ſequeſtraria. l. 12. §. 2. ff. h. t. Cum ſequeſtre rectè agetur Depoſiti ſequeſtrariâ actione, quam & in hæredem ejus reddi oportet.* Si ergo Sequeſtrum in genere eſt ſpecies Depoſiti, quævis ſequeſtri ſpecies in quas ſubdividitur, etiam erit Depoſitum, nam quod convenit ſpeciei ſubalternæ, convenit etiam ſpeciei infimæ, ut Logici nôrunt. Verùm, optima communis ſententiæ probatio eſt, quòd nihil oſtendi poſſit, in quo deficiat à Contractu Depoſiti.

791. Objicit ergo Bocerus 1. In Contractu quovis requiritur conſenſus. atqui in ſequeſtro neceſſariò non requiritur conſenſus. quia etiam invitis litigatoribus res ex voluntate Iudicis ſequeſtratur. Ergo ſequeſtrum non eſt contractus. ℞. Negando minorem. Nam licèt à principio non conſentiant, & ſint inviti, quòd Iudex mandet ſequeſtrum, poſtquam tamen Iudici parendum eſt, conſentiunt, & contrahunt tacitè, vel expreſſè cum ſequeſtre, quem ſibi habent obligatum. Exemplum apertum eſt in Matrimonio: ad quod ſæpè aliqui (ut defloratores) compelluntur metu Cenſurarum vel alio ad contrahendum, & tamen poſtea contrahunt verè Matrimonium, habéntque ſufficientem conſenſum.

Objiciunt 2. Sequeſtri materia poteſt eſſe res immobilis, non item Depoſiti. Ergo ſequeſtrum non eſt depoſitum. ℞. Secundum membrum antecedentis eſſe controverſum, de quo dicetur infrà, pro nunc diſtinguitur. Depoſiti quoad omnē ſpeciem materia non poteſt eſſe immobilis, tranſeat ant. depoſiti quoad unam ſpeciem, negatur. Et eſt ſanè argumentum ſimile huic. Animal non eſt rationale, Homo eſt rationalis, ergo homo non eſt animal. Vbi major habet ſenſum præciſivum ex parte ſubjecti, & tunc eſt vera, ſed mala conſequentia. Nam ut conſequentia teneret, deberet major eſſe univerſalis negativa: *Nullum animal eſt rationale.* & tunc eſt falſa. & ſic etiam falſa eſt hæc: *Nullum Depoſitum poteſt eſſe rei immobilis.* etiamſi demus, depoſitum voluntarium non poſſe eſſe in re immobili. Vides, quàm facilè decipi poſſint, qui Logicam ignorant.

792. Objiciunt 3. Contractus ſemper eſt ad minimum inter duos. Sequeſtrum poteſt ab uno ſolo litigantium conſtitui, ut habetur *l. 9. §. Labeo. ff. de dolo.* ibi. [Si oleum tuum, quaſi ſuum defendat Titius, & tu hoc oleum depoſueris apud Seium, ut is hoc venderet, & pretium ſervaret, donec inter vos dijudicetur cujus oleum eſſet, neque mandati, neque ſequeſtrariâ Seium convenire potes, nondum impletâ conditione depoſitionis: de dolo adversùs Titium agendum.] ℞. Negando minorem, ad quam probandam ineptè prorſus adducitur hic textus. quaſi verò non inter deponentem & Seium ſequeſtrem contractus celebratus eſſet, qui utique ſunt duo & non unus. Etiamſi Seius non conſenſiſſet. Cæterùm, lex non dicit, Seium non conſenſiſſe; nam ſi nullo modo conſenſiſſet, non fuiſſet reverâ validum ſequeſtrum, ut omnes fatentur: & ſic objectio procederet de ſubjecto non ſupponente. Dicendum igitur, ſuppoſito quòd reverâ fuerit ſequeſtrum, Titium quoque conſenſiſſe, ut apud Seium deponeretur. Quòd autem ſequeſtrum requiratur, ut res à pluribus deponatur, conſtat ex ejus definitione, & Iuribus apertis. ſufficiat lex 17. *ff. h. t. Licet tam plures, quàm unus deponere poſſint, attamen apud ſequeſtrem non niſi plures deponere poſſunt.*

Objiciunt 4. Sequeſtrum neceſſarium ſæpè in æde ſacra deponitur, vel in loco publico. atqui cum æde ſacra non contrahitur, nec cum loco publico. Ergo ſequeſtrum neceſſarium non eſt contractus. Argumentum nec tyrone dignum. Quaſi verò non eſſent adminiſtratores, & Præpoſiti Eccleſiarum, qui depoſitum ſequeſtrari permittunt. Cum his utique poteſt fieri Contractus. Sed nunc de Sequeſtro ſpecialiùs agamus.

CONTROVERSIA III.

De ſequeſtro in ſpecie.

SUMMARIUM.

AN Sequeſter per ſequeſtrationem fiat poſſeſſor. 793.

Conciliatio legis 17. §. 1. ff. depoſiti. *cum lege* 39. ff. de acquir. poſſeſſ. 794.

Solvitur argumentum Connani. 795.

Quouſque liceat Iudici decernere ſequeſtrum neceſſarium. 796.

An ſolùm habeat locum in ſequeſtratione pecuniæ non facienda prohibitio ſequeſtrandi. 797.

An etiam Iure Canonico prohibeatur. eod.

Solvuntur argumenta adverſariorum. 798.

An ſequeſtratio faciliùs admittatur in mobilibus. 799.

Primus caſus quo licita eſt ſequeſtratio Iudici ex lege 7. ff. qui ſatisdare. *eod.*

Secundus caſus ex lege 1. §. 1. *C.* de aſſecurat. 800.

Tertius, ex lege 5. C. quorum appellatione, non recip. 801.

An in his caſibus etiam fructus ſequeſtrandi. eod.

Quartus, ex Conſtit. Caroli V. 802.

Quintus, ex lege 20. C. de agricolis. 803.

Sextus, ex Clement. un. de ſequeſt. poſſ. 804.

Septimus, ex capite 2. de dolo & contumac. 805.

An

An litiganti non habenti decernenda ſint alimenta ex re ſequeſtrata pendente lite. eod.
Ad quid obligetur Sequeſter. 806.
An oblatâ idoneâ cautione ſit relaxandum ſequeſtrum. 807.
Quomodo Sequeſtrum finiatur. 808.
Quænam actio competat ex Sequeſtro. 809.
Quomodo ſequeſtrum differat ab arreſto. 810.
An prohibitâ ſequeſtratione ſuperſit aliud remedium pro ſecuritate actoris. eod.

793. QUÆRITUR 1. An ſequeſter per ſequeſtrationem fiat poſſeſſor, ità ut deponentes transferant poſſeſſionem in illum, ipſi verò deſinant poſſidere, adeoque uſucapio ipſis non currat. Imprimis Iure Bavarico *L. R. tit. 19. a. 11.* videtur requiri, ut partes expreſsè conveniant ut uſque ad finem judicii neutra pars poſſideat. De jure communi ergo loquendo,

Exſtant in Digeſtis duo textus in ſpeciem ſibi admodum contrarii, multùmque negotii fecêre pluribus interpretibus ante hac, nunc autem RR. in eorum conciliatione ferè conveniunt.

Primus ergo textus eſt ICti Florentini in lege 17. §. 1. *ff. h. t.* ubi videtur clarè poni affirmativa, nempe quòd tranſeat poſſeſſio in ſequeſequeſtrem. [Rei depoſitæ proprietas apud deponentem manet, ſed & poſſeſſio, niſi NB. apud ſtrem depoſita eſt. Nam tum demum ſequeſter poſſidet: id enim agitur eâ depoſitione, ut neutrius poſſeſſioni id tempus procedat.] Ità Florentinus. Audiamus jam Iulianum.

Iuliaous itaque in *l. 39. ff. de acquir. poſſeſſ.* Sic ſtatuit. [Intereſſe puto, quâ mente apud ſequeſtrem deponitur res. Nam ſi omittendæ poſſeſſionis causâ, & hoc apertè fuerit approbatum, ad uſucapionem poſſeſſio ejus partibus non procederet. At ſi cuſtodiæ cauſâ, deponatur, ad uſucapionem eam poſſeſſionem victori procedere.] Quandocunque ergo non expreſsè convenerit, ut ipſa poſſeſſio ſit depoſita, adeoque interrupta ex parte poſſidentium, tunc manet & continuatur poſſeſſio in ordine ad uſucapiendum apud deponentem, qui priùs verè poſſederat, adeo ut pendente lite poſſit uſucapionem complere.

Subſcribendum eſt in hoc puncto cum communiore DD. Iuliano, & dicendum, quòd nunquam poſſeſſio acquiratur ſequeſtri, & deſinat in deponente, niſi hoc expreſsè convenerit, ut ipſa poſſeſſio, de qua fortè litigatur penes quem ſit, ſit in ſequeſtrum depoſita, adeoque in ſequeſtrem translata. Probatur autem ulteriùs. Quia nemo præſumitur velle à ſe abjicere poſſeſſionem, niſi hoc manifeſtet, eſt enim poſſeſſio jus æſtimabile, quod nemo cenſetur jactare velle, quando non ſervit ad finem intentum. atqui depoſitum non requirit hanc poſſeſſionis translationem, ut patet non ſolùm in eo quod non eſt ſequeſtrum, verùm etiam in ſequeſtro neceſſario, in quo etiam adverſariorum præcipui, ut Bartolus, Salicetus, Felinus, Schneidevvein, Gail, aliique plures fatentur, non tranſire poſſeſſionem in ſequeſtrem, cùm unicè fiat cuſtodiæ cauſâ, ad cavenda varia inconvenientia, rixas, &c. inter partes, niſi res alteri cuſtodienda traderetur. ergo niſi deponentes aliud expreſsè velint, illud ſolùm agere voluiſſe cenſendi ſunt, quod eſt de ratione depoſiti.

694. Rejectis variis & divinatoriis conciliationibus quæ apud Nicolaum de Paſſeribus videri poſſunt, expedita valde eſt, quam ut dixi RR. communiter amplectuntur, nempe reſponſum Florentini non aſſerere, quòd univerſim poſſeſſio tranſeat in ſequeſtrem, ſed tunc ſolùm, quãdo ipſa poſſeſſio utpote litigioſa apud ſequeſtrem voluntarium deponitur. Adeoque in textu relato vox *depoſita*, non ad rem depoſitam, ſed ad poſſeſſionem (quæ vox immediatior eſt) referenda eſt. Hoc totum autem affirmat etiam Iulianus, qui ſolùm magis exprimit, quòd partes litigantes debeant hoc expreſsè agere & approbare, quòd nolint ipſi poſſidere, nec ſibi remedia poſſeſſoria competere, nec uſucapionem perficere poſſe, dum lis pendet: quod quidem fieri ſæpè expedit, ad varia incommoda præcavenda, ut dictum eſt.

Hanc conciliationem Arnoldus Rath c. 1. th. 25. confirmat ex eo, quòd in lege 17. citata (quæ eſt Florentini) habeantur hæc verba: tum demum ſequeſter poſſidet, CUM APUD EUM DIMISSA EST POSSESSIO. quæ tamen verba in nullo exemplari reperire potui: & ſi exſtarent, res eſſet expedita.

795. Objicit Connanus lib. 7. Commentar. Iur. Civil. c. 4. Si poſſeſſio non ſemper tranſiret in ſequeſtrem, fruſtra prohiberetur ſervus rem Domini ſui in ſequeſtrum ſine conſenſu Domini ponere. atqui prohibetur *lege pen. ff. h. t.* [Servus tuus pecuniam cum Attio in ſequeſtre depoſuit apud Mævium, eâ conditione, ut ea tibi redderetur, ſi tuum eſſe probâſſes, ſi minùs, ut Attio redderetur; poſſe dixi cum eo apud quem depoſita eſſet, incerti agere, id eſt, ad exhibendum, & exhibitam vindicare, quia ſervus in deponendo tuum Ius deteriùs facere non potuiſſet] Sequela probatur: quia ſervus poteſt ignorante Domino rem Domini deponere: ergo etiam poſſet in ſequeſtrum deponere, niſi poſſeſſio transſerretur. Ad hoc argumentum reſpondeo negando ſequelam, & ad probationem negando conſequentiam, & paritatem. Quòd poſſit ſervus rem Domini eo ignorante deponere depoſito ſpecificè dicto, hoc eſt, non ſequeſtro. habetur *l. 1. §. 27. ff. h. t. Non ſolùm ſi ſervus meus, ſed & ſi is qui*

Digitized by Google

it qui bonâ fide mihi ſerviat, rem depoſuerit, æquum erit dari mihi actionem, ſi rem ad me pertinentem depoſuit. Quòd autem ex hoc non valeat conſequentia ad ſequeſtrum, & ſervo non ſit permiſſum deponere res Domini apud ſequeſtrem, probatur ex generali regula, quòd ſervus poſſit Domini conditionem facere meliorem, non autem deteriorem. *l. 133. ff. de R. I. Melior conditio per ſervos noſtros fieri poteſt, deterior fieri non poteſt.* Jam verò, etiamſi non transferret poſſeſſionem in ſequeſtrem, adhuc tamen deponendo apud ſequeſtrem faceret conditionem Domini peiorem, quia adhuc Ius Domini peius faceret, ut dicitur in lege 33. jam citata; nempe quia per hujusmodi ſequeſtrum Dominus impediretur rem ſequeſtratam vindicare, vel agere ad exhibendum: cogeretur enim exſpectare finem judicii, & donec adverſarius ſervi ſuccumberet in probando rem ſuam eſſe: nam ſequeſtrum hanc in ſe conditionem habet, ut tunc primùm res reddatur, & quidem ei, qui ſuam eſſe probaverit.

796. QUÆRITUR 2. Quousque licitum ſit Iudici decernere ſequeſtrum neceſſarium. ℞. De hoc extare legem unicam *C. de prohibita ſequeſtratione pecuniæ.* [Quoties ex quolibet contractu pecunia poſtulatur, ſequeſtrationis neceſſitas conquieſcat. Oportet enim debitorem primò convinci, & ſic deinde ad ſolutionem pulſari: quam rem non tantùm Iuris ratio, ſed & ipſa æquitas perſuadet, ut probationes ſecum afferat, debitorémque convincat pecuniam petiturus.] Ità Imperatores Honorius & Theodorus.

Prohibitum eſt itaque Iudicibus ſequeſtrū partibus imponere regulariter loquendo, quamdiu actor non probaverit, alterum eſſe debitorem.

Dixi: *Regulariter loquendo*: Nam plures caſus excepti ſunt, de quibus poſtea. Ius Bavaricum *L. R. tit. 19. a. 4.* inſuper ſtatuit, ut ſi extra caſus exceptos Iudex ſequeſtrum impoſuerit, & ipſe, & pars impetrans ſequeſtrum, debeat à Magiſtratu ſuperiore puniri, & præterea in expenſarum, & damni tefuſionem condemnari. Circa hanc prohibitionem ulteriùs ulteriùs declaratur ab Arnoldo Rath th. 28. primùm, quòd affirmatio actoris, qui intendit rem petitam ſibi deberi, nihil in re ipſa mutet, ſi falſa eſt: cùm igitur fieri poſſit, ut ſit falſa, nec certè de ea qualis ſit, ante ſubſecutam probationem conſtare queat: æquum eſt, propter eam nihil in Iure rei conventi immutandum eſſe. Deinde cùm actor ſibi intendit deberi, & reus negat, neutro probante quod dicit, hactenus apparet, utriusque parem eſſe cauſam, indeque meliorem manere conditionem poſſidentis, aut potiùs parem eſſe effectum cauſæ apud utramque partem, ut qui priùs non poſſideat, nec jam poſſeſſionem adipiſcatur, qualis eſt actor: & econtra antè poſſidens, etiam nunc poſſeſſionis commodis fruatur, qualis eſt ipſe reus. & hoc ſenſu accipiendum eſt, quod in lege 128. *ff. de R. I.* cavetur: *In pari cauſa poſſeſſor potior haberi debet.* nempe ut ſuo loco maneat poſſeſſio, ut dicitur §. 4. *Inſt. de Interd.*

Non ſolùm autem Iure Civili, ſed etiam Iure Canonico hujusmodi ſequeſtratio *in cap. 2. de ſequeſtrat. poſſeſſ. & fructuum.* improbari putatur. Verùm, hic locus poſſet ab adverſariis (qualis eſt Coiacius, & Fornerius) facilè eludi, quòd fuerit ibi ſpecialis cauſa tollendi ſequeſtrum, nempe abuſus in diſtrahendis fructibus: nam cùm de ſequeſtribus relatum eſſet, quòd fructus medio tempore perceptos pro ſuo diſtraherent libito voluntatis, ſubjungitur: [Quocirca mandamus, quatenus, ſi eſt ità, facientes fructus ſequeſtrari prædictos, ſi quid de ipſis per eos diſtractum inveneritis, in ſtatum priſtinum revocetis.] Ergo ſi non fuiſſet ità, & nihil fructuum diſtractum fuiſſet, non improbata fuiſſet ſequeſtratio. Et ità hoc capitulum videtur mihi intellexiſſe etiam Vivianus in ſuo Rationali, ut legenti patet. Unde ſubjungit, caſum hujus capituli eſſe unum ex exceptis à regula generali, qua ſequeſtratio prohibetur in lege un. C. citata. quod idem dicendum eſt de caſu qui habetur in c. 1. ubi ratione ſcandali revocatur mandatum de ſequeſtro. Quare Harpprecht, VVidman, & ante hos plures alii minùs rectè mihi ſupponere videntur, ex hoc capitulo probari indubitatè prohibitionem ſequeſtri.

797. QUÆRITUR 3. An ſolùm habeat locum in ſequeſtratione pecuniæ non facienda, vel an etiam prohibeatur aliarum rerum, imò ipſius rei litigioſæ ſequeſtratio. Ratio dubitandi eſt, quia textus, imò & ipſa Rubrica tantùm loquitur de pecunia. Nihilominus ex recepta Interpretum ſententia extenditur ad aliarum etiam rerum ſequeſtrum, ob rationis paritatem, quam paritatem agnoſcit implicitè ipſa lex, dum ait; *Ipſa æquitas perſuadet, ut probationes ſecum afferat, debitorémque convincat pecuniam petiturus.* Et Ius Bavaricum aliam rationem inſinuat, quia generaliter prohibitum eſt, proceſſum ab executione inchoari. Ratio æquitatis eleganter

798. Sed videamus, quibus argumentis adverſarii inducantur ad negandam hanc prohibitionem, ſaltèm loquendo de ſequeſtratione aliarum rerum, quàm pecuniæ. Et quidem quoad primum & præcipuum argumentum jam eſt reſponſum, nempe quòd non obſtet, textum loqui de ſola pecunia. Accedit, quòd in Iure ſæpiùs etiam corpora veniant nomine pecuniæ, ut habetur *l. 178. ff. de V. S.* ibi. *Nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri, nemo eſt qui ambigat.* Cùm ergo æquitas prohibendi procedat in corporibus æquè ac pecunia numerata, nihil obſtat, quominus in lege un. corpora quoque nomine pecuniæ comprehendantur.

Objiciunt 2. Imperatores in d. l. un. loquuntur de debito ex contractibus: talia autem debita petuntur ſolùm actione perſonali, & non reali. Ergo non prohibetur ſequeſtratio rerum quas actor petit actione reali. ℞. ex dictis: non propterea reſtringi prohibitionem ad illas tantùm actiones perſonales, quia æquitas & ratio eſt eadem, & per vulgaria, ratio eſt anima legis, & æquitas Ius ſupplet. atqui ubi eſt eadem ratio, quæ in ipſa lege ponitur, ibi debet eſſe eadem Iuris diſpoſitio.

Objiciunt 3. Quia ordo titulorum præcedentium & ſubſequentium videtur indicare, quòd lex unica tantùm loquatur de ſequeſtro pecuniario. ℞. 1. Ordinem titulorum non eſſe tam accuratum, ut quidquam inde concludi poſſit: quod non eſt opus probare, cùm cuivis obiter in Iure verſato hoc facilè, & ſæpè dolenter innoteſcat. ℞. 2. Cum Harpprecht, quin imò ex ordine titulorum libri 4. potiùs communem ſententiam confirmari. Siquidem in titulo *de Suffragio* qui immediatè præcedit tit. *de ſequeſt.* non ſolùm tractatur de rebus, pondere, numero & menſurâ conſiſtentibus, ſuffragii causâ datis, verum etiam de cæteris corporibus, tam immobilibus, quàm mobilibus, & ſe moventibus. Item titulus de Condict. indebiti immediatè ſequens, omnes omnino res, immobiles, mobiles, & ſe moventes complectitur, æquè omnes in condictionem indebiti veniunt. Eſt ergo, vel certè videri poteſt mera libido novitatum introducendarum, & contradicendi, hujusmodi nimis quæſitis argutiis à communi doctrina divortium facere. Cujusmodi eſt etiam illa divinatoria ſubtilitas de correctione legis 1. Codicis Theodoſiani. quâ lege in uno caſu admittebatur pecuniæ ſequeſtratio neceſſaria: ergo, inferunt, hunc caſum voluit lex un. Codicis prohibere. concedo hanc conſequentiam: quid inde? ergo nullum alium caſum? inepta conſequentia: quaſi verò lex correctoria non poſſit ſe extendere ultra id, in quo contradicit formaliter antiquiori legi.

Objiciunt 4. Quilibet eſt rei ſuæ moderator & arbiter: ergo actor, qui dicit rem eſſe ſuam, poteſt petere ſequeſtrum, & erit illi præſtandum. Diſtinguo antecedens. ſi conſtet, abſque contradictione, rem eſſe meam, poſſum pro libitu de ea diſponere, concedo, ſecùs nego. Et retorquetur. Nam & reus qui poſſidet, dicit eſſe ſibi Ius poſſidendi: ergo hoc recuſante ſequeſtrum, debet omitti. erit ergo bellum utrinque juſtum, ſi bona eſſet argutatio adverſariorum. ſed hoc eſt abſurdum: ergo poſſeſſor eſt in poſſeſſione relinquendus.

Objiciunt 5. Et conantur oſtendere, diverſam eſſe rationem, ob quam debebat prohiberi ſequeſtratio pecuniæ aliarúmque rerum in quantitate conſiſtentium, non item aliorum corporum, nempe, quia alia corpora poſſunt perire, niſi ſequeſtrentur, non item quæ in quantitate conſiſtunt. Sed neſcio, quo ſenſu dicant, quantitatem non poſſe perire. Verùm, quocunque ſenſu id dicant, negatur ſuppoſitum argumenti, quaſi hic ſit præcipuus finis ſequeſtri neceſſarii. Præcipuus illius finis eſt, ne actio reddatur inanis & eluſoria, ſi fortè debitor rem litigioſam abſumeret, & ſic fieret non ſolvendo. hic finis in omnibus procedit, & ideo pari paſſu in omnibus eſt admittendum ſequeſtrum, ſed non niſi poſtquam actor Ius ſuum probaverit, & de debito conſtiterit.

799. Dixi ſuprà eſſe caſus aliquos à communi regula & prohibitione ſequeſtri neceſſarii exceptos, quorum præcipuos, & in uſu frequentiùs occurrentes referam. Et univerſim quidem dicendum eſt, faciliùs hujusmodi ſequeſtrum admitti in actionibus, quibus res mobilis petitur, quàm quibus res immobilis, quia in rebus immobilibus non eſt tam facile & frequens interverſionis periculum, atque in mobilibus.

Primus caſus ſumitur ex lege 7. *ff. Qui ſatis dare coguntur*, ubi §. 2. dicitur. *Si ſatis datum pro re mobili non ſit, & perſona ſuſpecta ſit, ex qua ſatis deſideratur apud officium deponi debebit, ſi hoc Iudici ſederit, donec vel ſatisdatio detur, vel lis finem accipiat.* ex quo textu colligunt Interpretes cum gloſſa, quòd ſi ex perſona litigantis periculum ſit, ne vel cum re aufugiat, vel rem diſſipet, &c. ſequeſtranda ſit res litigioſa. Et quidem Iure Bavarico habetur hic caſus magìs expreſſus *tit. 19. a. 4.* ubi ponitur primo loco: ſi periculum eſſet, quod poſſeſſor rei litigioſæ tempore litis rem litigioſam dilapidaret, vel abſumeret, vel interire ſineret, &c. Portò, non ſufficit, ab actore dici perſonam taliter eſſe ſuſpectam, ſed debet hoc probare. Et ità obſervari in Camera Spirenſi teſtatur Gail *lib. 1. obſerv.* 147. apud quem plura de hoc videri poſſunt.

800. Secundus caſus colligitur ab Interpretibus ex *l. 1. §. 1. C. de aſſertione tollenda.* ubi dicitur. [Super peculio etiam eorum, vel aliis rebus aut cauſis veterem defenſionis obſervationem tollimus: præcipientes eorum tantummodo peculia, qui ex poſſeſſione ſervitutis ſuper libera conditione litigant, aliáſque res quæ vindicantur, in tuto pro diſpoſitione Iudicis collocari.] Itaque ſi Dominus in ſervitutem revocat eum quem pro mancipio poſſederat, ſed is in libertatem proclamavit, ſervi peculium eſt ſequeſtrandum, donec de libertatis cauſa fuerit judicatum. Ratio eſt, quia licèt ſervus Domino utpote poſſeſſori reſtituendus ſit, æquum tamen non eſt, peculium eidem Domino tradi priusquàm docuerit, ſe Dominum eſſe: ut tamen utrique conſulatur, in ſequeſtrum deponitur.

801. Tertius caſus deſumitur ex lege 5. C. *Quorum appellationes non recipiuntur.* [Ab executione appellari non poſſe, ſatis & Iure & conſtitutioni

tionibus cautum eſt, niſi forè executor ſententiæ modum judicationis excodat. à quo ſi fuerit appellatum, executione ſuſpenſâ decernendum putamus, ut ſi res mobilis eſt, ad quam reſtituendam executoris opera fuerit indulta, appellatione ſuſceptâ, poſſeſſori res eadem detrahatur, & ſequeſtro idoneo collocetur, reddenda ei parti, pro qua ſacer cognitor judicaverit. Quodſi de poſſeſſione, vel de fundis executio ceſſaverit, & eam ſuſpenderit provocatio, fructus omnes, qui tempore interpoſitæ provocationis capti, vel poſtea nati erunt, in depoſito collocentur, jure fundi penes eum qui appellaverit, conſtituto.] Itaque ſi debitor jam condemnatus (ſententiâ jam in rem judicatam progreſſâ) ab exceſſu executionis appellaverit, appellatione receptâ res litigioſa eſt ſequeſtranda.

Circa hos caſus inſuper addendum eſt. etiam fructus rei immobilis ſequeſtrandos eſſe, ſi à poſſeſſore dilapidentur, aut diſſipentur. *l. 21. §. 3. ff. de appellationib. recipiend.* [Iidem (Imperatores) reſcripſerunt, quamvis uſitatum non ſit, poſt appellationem fructus agri, de quo diſceptatio ſit, deponi, tamen cùm popularentur ab adverſario, æquum ſibi videri, fructus apud ſequeſtres deponi.] Semper autem ſubintelligendum eſt, niſi poſſeſſor de dilapidatione ſuſpectus, idoneam cautionem præſtiterit. quod quidem Iure Bavarico conſtitutum eſt tit. 19. a. 5.

802. Quartus caſus (qui Iure Bavarico eſt tertius, nam hoc Iure tantùm tres caſus admittuntur: primus de periculo depopulationis, vel dilapidationis: ſecundus de ſuſpecto de fuga: & tertius jam referendus) eſt, ſi utraque pars litigantium contendat ſe poſſidere, & ſubſit armorum periculum (ut facilè ſubeſt apud Illuſtres immediatè Imperio ſubjectos) tunc poteſt fieri rei litigioſæ ſequeſtratio, ut habet Conſtitutio Caroli V. & Ferdinandi ſuper litigioſa ſive momentanea poſſeſſione in Comitiis Vormatienſibus & Auguſtanis, Anno 21. 48. & 55. promulgata. Hoc ipſum tamen Iure Bavarico a. 4. ità limitatur, ut non ſit ad ſequeſtrum veniendum, ſi lis circa poſſeſſionem litigioſam momentaneo judicio poſſeſſorio decidi poſſit, inhibitione factâ ſuccumbenti, ut victorem in poſſeſſione momentaneo judicio obtentâ nullatenus turbet, vel moleſtet, donec in plenario judicio poſſeſſorio judicetur.

Quodſi unius poſſeſſio certa ſit, & alius eum turbet, etiamſi ſubeſſet armorum periculum, non eſt facienda ſequeſtratio, cùm nemo ob alterius contradictionem nudam ſuâ poſſeſſione privandus ſit, ſed Superiori competit aliis remediis turbatorem compeſcere, & poſſeſſorem in poſſeſſione tueri.

803. Quintus caſus colligitur ex lege 20. *C de Agricolis & Cenſitis.* Quando inter Dominum & Colonum eſt lis de dominio rei, quo caſu, ſi colonus recuſaverit de reſtituendis fructibus ſatisdare, fructus ſequeſtrandi ſunt. Hæc eſt ſumma illius legis longiuſculæ. Cui tamen videtur eſſe contraria lex 25. *C. de locato & conducto.* ex qua videtur inferendum, ſequeſtro ideo non eſſe locum, quia colonus ſeu conductor ſeu cenſitus non poteſt Domino, aut locatori quæſtionem dominii referre, ſed debet priùs poſſeſſionem reſtituere, & poſtea de proprietate litigare. Pro conciliatione reſpondent communiùs Interpretes, hanc poſteriorem legem procedere, quando de locatione conſtat, nec eam colonus diffitetur; priorem autem loqui de caſu, quo colonus negat, ſe rem habere à Domino, neque aliter de locatione conſtat, quàm ex aſſertione domini ſeu locatoris, & tunc ad ſequeſtrum procedi poteſt.

804. Sextus caſus eſt, quando duo ſuper beneficio litigant, quorum neuter per triennium pacificè poſſedit, & à ſententia fuit appellatum. *Clementinâ unicâ de ſequeſtr. poſſ.* [Ad compeſcendas litigantium malitias definimus, ut unâ contra poſſeſſorem definitiva ſententia ſuper beneficio apud ſedem Apoſtolicam duntaxat in petitorio vel poſſeſſorio promulgata beneficium ipſum, etiamſi dignitas vel perſonatus exiſtat, & curam habeat animarum, à poſſeſſore hujuſmodi (dum tamen triennio pacificè ab eo ante poſſeſſum non fuerit) per loci ordinarium apud aliquam perſonam idoneam ſequeſtretur, quæ plenam de ipſo & debitam curam gerens, id quod de fructibus ipſius (debitis ejuſdem ſupportatis oneribus) ſupereſſe contigerit, illi reſtituat, qui finalem in cauſa victoriam obtinebit.]

805. Septimus caſus deſumi poteſt ex c. 2. de Dolo & contumacia. ubi dicitur, mitiùs actum eſſe cum contumaci, per ſequeſtrum, cùm potuiſſet adverſarius per primum decretum mitti in poſeſſionem, quod fuiſſet durius. Vnde colligitur, ità fieri poſſe cum eo, qui contumaciter abeſt ad judicium vocatus. Cæterùm, in hoc capitulo illud ſequeſtrum incidenter refertur, & nec approbatur, nec improbatur. Eſt tamen bona ratio à majore ad minus. Si enim Iudex poteſt id quod eſt durius, quidni poſſit id quod eſt mitius?

Omitto referre alios caſus, quia Iura vel poſſunt intelligi de ſequeſtro voluntario, vel debent revocari ad unum ex dictis, vel loquuntur non de ſequeſtro propriè dicto, ſed de curatore bonorum, qualis habetur in *lege 1. §. 10. ff. de Collat. bonor.* [Si frater cavere non poſſit, curator portionis ejus conſtituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat, quod redactum eſt, cùm bona propria contulerit.]

QUÆRITUR nunc 4. Si facta per Iudicem ſequeſtratione, pars litigans quæ ſequeſtrum paſſa eſt, non habeat aliunde competentem

Digitized by Google

tem ſuſtentationem, nec unde litis expenſas ſolvere poſſit, quæritur, inquam, an lite adhuc pendente, ei ſumptus ad litem & neceſſaria alimenta ex re litigioſa ſequeſtrata ſint ſuppeditanda. ℞. affirmativè, cum communi ſententia. Ità ſanè æquitas ſuadet, neque altera pars poteſt conqueri, tum ob litis incertitudinem, tum quia hocipſum illi præſtaretur, ſi in eum caſum devenirer.

806. QUÆRITUR 5. Ad quid ſequeſter obligetur. ℞. Generaliter ad id teneri, quod vir bonus in re aliena adminiſtranda ſolet præſtare, eſt enim conſtitutus depoſitarius à Judice. Tenetur ergo rem depoſitam diligenter ac fideliter cuſtodire, nequid ipſius dolo aut latâ culpâ incommodi capiat. Item tenetur colligere fructus, eoſque alioquin perituros, diſtrahere, pretium inde collectum, ſi commodè poſſit, pro uſuris credere, reddere rationes, ac lite finitâ vincenti rem ſequeſtratam cum fructibus reſtituere. Imò Iure Bavarico ar. a. videtur ampliùs quàm communis depoſitarius obligari, dum obligatur ad tranſigendum cum parte læſa per notabilem negligentiam. Quare ad minimum videtur illi levis culpa præſtanda.

807. QUÆRITUR 6. An oblatâ idoneâ cautione de re litigioſa conſervanda & reſtituenda, ſit relaxandum ſequeſtrum. ℞. Affirmativè, per textum ſuprà relatum ex *lege* 7. §. 2. *ff. ſatisdare cogantur.* quod tamen intelligendum eſt, ſi per ſatisdationem æquè benè conſultum eſt adverſario, ac per ſequeſtrum. An autem, deficiente cautione ſeu ſatiſdatione idoneâ (qualis de jure eſt quæ fit vel pignoribus vel fidejuſſoribus datis) etiam admittendus ſit ad juratoriam, majus dubium eſt, & affirmativa à graviſſimis viris apud Harpprecht relatis n. 169. defenditur, ſi ſit vir integræ vitæ, ac probatæ exiſtimationis. Mihi tamen res eſt valdè dubia, mallémque dicere, invito adverſario non poſſe admitti. Neque moveret textu *legis* 1. §. 2. *C. de aſſert. toll.* quem Hunnius adducit. Loquitur enim de caſu in quo eſt ſpecialis ratio favore libertatis, & ſic habet. [Omnes verò qui pro libertate periclitantur, ſi quidem poſſunt fidejuſſorem dare, eum exigi. Sin verò reverà datio ejus impoſſibilis eis ſit, hocque judici manifeſtè oſtendatur, juratoriæ cautioni committi.]

808. QUÆRITUR 7. Quomodo ſequeſtrum finiatur. ℞. Finiri 4. modis. Primò per litis terminationem, quando videlicet ſententia lapſu fatalium, hoc eſt, intermiſſâ appellatione, tranſiit in rem iudicatam. Secundò finitur, ſi ex juſta cauſa à Iudice approbata ſequeſter renuntiet ſequeſtro: qui modus finiendi deſcribitur accuratè in *l.* 5. §. 2. *ff. h. t.* [ſi velit ſequeſter officium deponere, quid ei faciendum ſit? ait Pomponius, adire eum Prætorem oportere, & ex eius auctoritate denunciatione factâ his, qui eum elegerant, ei rem reſtituendam, qui præſens fuerit. ſed hoc non ſemper verum puto. Nam plerumque non eſt permittendum, officium quod ſemel ſuſcepit, contra legem depoſitionis deponere, niſi juſtiſſimâ cauſâ interveniente: & cum permittitur, rarò ei res reſtituenda eſt, qui venit (*id eſt, qui coram judice comparuit,*) ſed oportet eam arbitratu judicis apud ædem aliquam deponi.] Qui textus etſi videatur loqui de ſequeſtro voluntario, eo quòd loquatur de ſequeſtre electo à partibus (quamvis reverà talis electio non pugnet cum ſequeſtro neceſſario, quia poſſet judex cogere ad aliquem eligendum) tamen multò magis debet intelligi de ſequeſtro neceſſario, nam officium ex mandato magiſtratûs ſuſceptum, non poteſt ſine hujus conſenſu deponi. In voluntario tamen ſequeſtro non dubito quin partium conſenſu, etiam absq; urgente cauſa poſſet rem ſequeſtratam ipſis partibus reſtituere: nec enim volentibus fieret injuria. Tertiò finitur ſequeſtrum purificatâ conditione ſub qua facta eſt ſequeſtratio, vel adveniente die in quem res litigioſa fuit à ſequeſtro accepta. Quartò finitur morte ſequeſtris, ſi quidem perſonæ induſtria electa eſt.

809. QUÆRITUR 8. Quænam actio ex contractu ſequeſtri competat. ℞. Conformiter & cum proportione ad actiones ex depoſito ſpecifico deſcendentes (de quibus infrà) datur actio depoſiti ſequeſtraria directa, & contraria. Directa competit victori in cauſa controverſiæ, adverſùs ſequeſtrem, ut rationes reddat, remque reſtituat cum omni cauſa, h. e. fructibus, acceſſionibus, &c. perceptis. *l.* 1. §. 24. *ff. h. t.* [Et ideo & fructus in hanc actionem venire, & omnem cauſam, & partum, dicendum eſt, ne nuda res veniat.] Quod ſi nihil convenit, ubi res exhibenda ſit, denuntiandum eſt ei, ut apud Prætorem exhibeat, inquit Vlpianus *l.* 5. §. 1. *ff. eod.* quod intelligendum, ſi res eſt exhibenda nec dum lite finitâ. Datur etiam hæc actio contra hæredem ſequeſtris *l.* 12. §. 2. *ff. h. t.* [Cum ſequeſtre rectè agetur depoſiti ſequeſtraria actione, quam & in hæredem ejus reddi oportet.] Ad hæredes partium etiam tranſire conſtat ex generalibus.

Contraria depoſiti actio ſequeſtraria datur ſequeſtri, ad conſequendos ſumptus & damna. *l.* 5. *pr. ff. eod. Ei apud quem depoſitum eſſe dicetur, contrarium judicium depoſiti datur.* Datur etiam hæredi ſequeſtris, & contra hæredes ſequeſtrantium.

810. QUÆRITUR 9. Quomodo ſequeſtrum differat ab arreſto. ℞. Hunnius 4. differentias enumerat *q.* 11. *in Treut.* 1. Arreſtum ab impediendo & interdicendo nomen habet. Sequeſtrum à fide & conventione. 2. Sequeſtrum, non item arreſtum eſt ſpecies depoſiti, cùm

non ſit contractus, ſed manuum injectio. 3. Arreſtum non ſit cuſtodiæ causâ, ſicut ſequeſtrum. 4. Arreſtum non tantùm exercetur in rem, ſed etiam in perſonam quà talem: item in rem non litigioſam.

QUÆRITUR 10. An quando ſequeſtrum eſt juxta ſuperiùs dicta prohibitum, ſuperſit aliud remedium, quo conſulatur ſecuritati actoris. ℞. Solere fieri inventarium, in quo notarius deſcribit res omnes & ſingulas, ne vel perdantur, vel ſubtrahantur, vel denique ad eum effectum, ut actor ab onere probandi, tales res fuiſſe, ſublevetur.

Eâdem deſcriptione (inquit Arn. Rath th. 37. c.t.) imò & nonnunquam idoneâ cautione in Bavaria opus eſt, ſi quis vel ſummario inſtitute proceſſu, vel aliàs coram ampliſſimo Aulico Conſiſtorio, v. g. in petitione hæreditatis, vel in alio univerſali judicio ſuccumbens, executionem aut in ordinario, aut reviſorio judicio ſperat retractandam. Ità ille. Et hæc de ſequeſtro. Nunc ad depoſitum in genere redeamus.

CONTROVERSIA IV.

Quænam perſonæ depoſitum contrahere poſſint.

SUMMARIUM.

AN domino acquiratur actio ex depoſitione facta à ſervo. 811.

An Pupillus poſſit deponere, vel depoſitum accipere. 802.

An Clericus vel Religioſus poſſit eſſe depoſitarius. 813.

Quid in Religione Societatis Ieſu conſtitutum ſit. eod.

An fur habeat actionem depoſiti. 814.

EST iterum Regula generalis de genere permiſſorum, omnes illos poſſe activè & paſſivè depoſitum contrahere, qui non prohibentur. De his ergo videndum eſt.

811. Dubitari poſſet 1. de ſervo, & ratio dubitandi eſſet, quia ſervus actionem acquirere non poteſt. Nihilominus favore domini conſtitutum eſt, ut ex depoſitione à ſervo facta, domino actio acquireretur *l. 1. §. 17. ff. h. t.* [Si ſervus meus depoſuerit, nihilominus depoſiti habebo actionem.] & §. 30. [Si ſervus deponat, ſive vivat, ſive deceſſerit, utiliter dominus hac actione experietur: ipſe autem ſervus manumiſſus non poterit agere: ſed & ſi fuerit alienatus, adhuc competit actio ei cujus fuit ſervus cùm deponeret; initium enim contractûs ſpectandum eſt.]

812. Dubitari poſſet 2. de Pupillo rationis uſum habente (qui ad omnem contractum requiritur) an deponere poſſit, vel depoſitum accipere. Quoad 1. reſpondetur affirmativè; Nam ut alibi traditum eſt, pupillus poteſt etiam abſque tutoris auctoritate ſibi alium obligare tunc, quando ipſe nullam obligationem in ſe recipit, & nihil juris amittit; quia meliorem facere poteſt conditionem ſuam, non deteriorem. Atqui deponendo nihil juris amittit, ſed jus acquirit, quia alterum obligat, Ergo, &c.

Dicet aliquis. Poteſt pupillus eligendo periculoſum depoſitarium per imprudentiam ſibi grave nocumentum afferre: ſicut ergo ob hujusmodi periculum non permittitur illi credere pecunias, ità nec deberet permitti deponere. ℞. Tale damnum non proveniret formaliter ex valore contractûs, ſed ex materiali depoſitione, hoc eſt, perinde ſequeretur, etiamſi contractus depoſiti non valeret: ergo per irritationem depoſiti non eſſet magis conſultum pupillo, quàm ſi valeat depoſitum? imò ſi valeat, eſt magis conſultum, quia acquirit obligationem. Itàque depoſitarius eſſet obligatus pupillo, ſed pupillus non obligaretur depoſitario, niſi in quantùm locupletior fieret. Sed de his ſuo loco dictum eſt *tract.* 8.

Quoad 2. Pupillus depoſitum abſque tutoris auctoritate recipere non poteſt cum effectu ut obligetur, niſi in quantum locupletior factus eſſet ex tali attentato contractu, vel dolum commiſiſſet. *l. 1. §. 15. ff. h. t.* [An in pupillum, apud quem ſine tutoris auctoritate depoſitum eſt, depoſiti actio detur, quæritur. Sed probari oportet, ſi apud doli mali jam capacem depoſueris, agi poſſe, ſi dolum commiſit: nam & in quantum locupletior factus eſt, datur actio in eum, etſi dolus non intervenit.]

DUBITATUR 3. Si religioſus aliquid depoſuerit, cùm ipſe non poſſit ſuo nomine in judicio rem repetere, an nihilominus ipſi depoſitum rectè reſtituatur: quod ipſum quæritur de ſervo, & filiofamilias. Reſpondent Bartolus in legem 11. *ff. h. t.* mox referendam, Bald. *ad Rubr. C. eod. tit. n. 2.* Tiraquellus & alii, poſſe tutò reddi depoſitum, etiam abſque authoritate Abbatis, vel domini. Ad quod probandum adducitur text' legis citatæ, quæ ſic habet. [Quod ſervus depoſuit (*Religioſus ſervo comparatur*) is apud quem depoſitum eſt, ſervo rectiſſimè reddet ex bona fide: nec enim convenit bonæ fidei, abnegare id quod quis accepit, ſed debebit reddere ei à quo accepit, ſic tamen ſi ſine dolo omni reddat, hoc eſt, ut ne culpæ quidem ſuſpicio ſit. Denique Sabinus hoc explicuit addendo: [nec ulla cauſa intervenit, quare putare poſſet, domínum reddi nolle.] Hoc ità eſt, ſi ſuſpicari potuit, juſtâ ſcilicet ratione motus. Cæterùm ſufficit bonam fidem adeſſe.]

 813. DU-

813. DUBITATUR 4. An Clericus, vel Religioſus poſſit recipere depoſitum. ℞. de Clerico in cap. 1. de *Depoſito*. Supponimus poſſe eſſe depoſitarium. Idem de Religioſo dicendum, quamvis is malè faciat, ſi ſine conſenſu Prælati, ſaltem rationabiliter præſumpto, munus depoſitarii ſuſcipiat, ut tradunt Molina, Layman, Lugo. Quodſi res apud Clericum aut Religioſum depoſita perierit, Monaſterium aut Eccleſia non tenebitur, niſi in quantùm in utilitatem Eccleſiæ vel Monaſterii verſum fuerit. ità expreſsè in *cap. 1. cit.* ibi. [Cùm enim non conſtet, pecuniam tuam, quam ille vir Belial furatus eſt, in Eccleſiæ utilitatem converſam, non debemus de jure contra Canonicos ejuſdem Eccleſiæ præcisè intentare juſſionis inſtantiam, ut tibi eandem reddant pecuniam, perſonæ, non Eccleſiæ commendatam.] Utrum Religioſus peccet contra votum paupertatis, depoſitum ſuſcipiendo, non pertinet ad materiam de Iure & Iuſtitia.

In noſtra Religione Soc. Ieſu prohibitum eſt Præpoſitis locorum & Rectoribus, ne depoſita, præſertim pecuniaria ſuſcipiant, ut habetur in Reg. Præpoſ. dom. prof. 69. & Rectoris 64. quæ ſic habet. [Depoſitum pecuniæ nullum prorſus admittat, aliarum verò rerum non niſi cautiſſimè, dummodo ſint eorum, quibus multùm debeamus, aut alioquin id officii ſine magna offenſione denegari non poſſit.]

Ex adducto capitulo colligitur: quòd ſi depoſitum in utilitatem Eccleſiæ vel Monaſterii verſum eſſet, Monaſterium & Eccleſia eatenus obligaretur. Onus autem probandi ità verſum eſſe deponenti incumbit, adeo, ut etiamſi Prælatus cæteroquin eſſet optimus rerum adminiſtrator, non propterea deponens ab onere probandi relevaretur, quidquid poſt Bartolum alióſque dixerit Vincentius Carocius *tract. de depoſito p. 2. q. 9.* Quodſi depoſitum cum conſenſu Capituli ſuſceptum eſſet, & eo læſo peteretur reſtitutio in integrum, tunc enim verò onus probandi læſionem ad capitulum ſpectaret, utpote ſuæ intentionis fundamentum.

814. Dubitari poſſet 5. An ſi fur aut prædo rem furto ablatam deponat, habeat actionem depoſiti. Ad hoc habetur reſponſio in *l. 1. §. 39. ff. h. t.* [Si prædo vel fur depoſuerint, & hos Marcellus putat rectè depoſiti acturos, nam intereſt eorum, eò quòd teneantur.]

Dices 1. Ergo etiam, ſi quis alius furi rem furtivam furto auferret, prior fur haberet actionem furti. atqui hoc negatur per textum *l. 12. §. 1. ff. de furtis.* ubi dicitur. *Sed furti actio malæ fidei poſſeſſori non datur.* ℞. Ob improbitatem furti hanc actionem illi meritò denegari: quia non habet ullum alium titulum, qualem habet ſi rem depoſuit, nam hoc caſu intervenit contractus honeſtus & licitus, qualis non intervenit inter furem, & furti furem.

Dices 2. Ergo depoſitarius non teneretur domino rem vindicanti reſtituere. ℞. Negando conſequentiam cum IC. Tryphonino in *l. 31. §. 1. circa medium. ff. h. t.* ibi. [Hæc eſt bona fides, ut commiſſam rem recipiat is, qui dedit. Si totius rei æquitatem, quæ ex omnibus perſonis, quæ negotio iſto continguntur, impletur, mihi reddenda ſunt, quæ facto ſceleſtiſſimo adempta ſunt. Et probo hanc eſſe juſtitiam, quæ ſuum cuique ità tribuit, ut non diſtrahatur ab ullius perſonæ juſtiore repetitione.] Sed de obligatione reſtituendi ex profeſſo agetur infrà.

CONTROVERSIA V.

In quibus Rebus depoſitum contrahi poſſit.

SUMMARIUM.

An res immobiles poſſint deponi. 815.
Solvuntur argumenta contraria. 816.
An res immobilis poſſit aliquando non plus requirere quàm cuſtodiam. 817.
An validum ſit depoſitum, ſi depoſitarius eſt dominus. 818.
Solvuntur argumenta contraria. 819.

815. DUBITATUR 1. An non ſolùm res mobiles (de quibus non eſt dubium, utpote quæ vel maximè cuſtodia indigent) verùm etiam res immobiles poſſint eſſe materia depoſiti. Et quidem loquendo de ſequeſtro non eſt ullum dubium, ut patet ex dictis, & omnes concedunt. Quæſtio igitur procedit de depoſito, non ſequeſtro.

Communis valde ſententia eſt, negativa. AA. longo catalogo recenſet Harpprecht n. 17. quibus accedit VVidman, n. 4. Si iſti AA. plus non velint, quàm quòd regulariter res immobiles non deponantur, verum dicunt, nam res immobiles plerumque potiùs ſunt materia mandati, quo adminiſtratio committitur alteri. Quodſi verò velint, eſſe contra ſubſtantiam *depoſiti non ſequeſtri*, ut ejus objectum & materia ſit res immobilis, recentiores Iuriſtæ plerique contrarium tenent, quos refert & ſequitur idem Harpprecht n. 20. quibus adde VVurmſerum, Antonium Perez, Arnoldum Rath th. 13. Cum quibus

DICO, non eſſe contra conceptum *depoſiti non ſequeſtri*, quòd res immobilis deponatur, ità ut etiamſi aliquid de mandato admixtum habeat, ratio tamen depoſiti ſit principalior, & prævaleat in ordine ad effectum præſtationum, ut non teneatur de leviſſima aut levi culpa, ſicut teneretur, ſi non depoſitarius, ſed mandatarius eſſet. Et ex hoc apparet utilitas quæſtionis. Probatur. Nam ſecundùm Iura *deponere* non

eſt

eſt aliud in re (ſecluſâ quæſtione de vocabulo) quàm rem alteri commendare cuſtodiendam; atqui res etiam immobilis poteſt ità commendari; quod vel inde patet, quòd poſſit eſſe materia ſequeſtri, & quòd res immobilis poſſit commodari, commodatarius autem tenetur ad cuſtodiam. Itaque licèt cuſtodia rerum immobilium non intendatur contra fures aut prædones, attamen intenditur contra violentos poſſeſſores, incendia, contra fraudes in movendis terminis, &c.

816. Objicitur 1. Ex vocabulo *Depoſitum*, cujus præpoſitio *De.* conſideratur ab ipſo Vlpiano, dum dicitur inde augeri depoſitum *l. 1. h. t.* quaſi eſſet rei poſitio de manu in manum; vel tali loco. atqui talis poſitio rebus immobilibus convenire non poteſt. ℞. Hoc argumentum probaret, quòd ſequeſtrum rerum immobilium non eſſet depoſitum, quod tamen ipſi adverſarii fatentur eſſe. Itaque ex hoc vocabulo plus non eſt inferendum, quàm quòd iſta denominatio ſumpta ſit à potiori, & ab eo quod plerumque fit. Quia verò *deponi* poteſt pro eodem ſumi ac *tradi*: & certi Iuris ſit, etiam res immobiles tradi, quando transfertur dominium, aut quando commodantur, utiq; hoc ſenſu poterunt etiam res immobiles dici *deponi*. Leve itaque eſt argumentum quod ab Etymologia nominis deſumitur, quando de re ipſa conſtat: ſic ſanè ineptus eſſet, qui diceret, inter Angelos non eſſe *concordiam*, quia non habent *cor*, unde concordia dicitur.

Objiciunt 2. Depoſitum ut eſt contractus nominatus, & bonæ fidei, non niſi in illis rebus, In quibus Iura eum agnoſcunt, agnoſcendus eſt: atqui Iura non agnoſcunt depoſitum in rebus immobilibus: ergo, &c. Minor probatur. Si in his agnoſcerent, fieri non potuiſſet, quin in aliqua lege pro materia depoſiti res immobilis aſſignaretur exempli gratiâ. atqui nullum tale exemplum reperitur in Iure: ergo ſignum eſt, quòd non agnoſcatur pro materia idonea. ℞. Exempla, quibus leges nituntur, non eſſe menſuram legum, quaſi ultra ſe non extendant; quia deſumuntur ex illis quæ regulariter contingunt. Hinc ſi nullum exemplum extaret, quo Depoſitum factum eſſet in rebus ſe moventibus, malè quis inferret, res ſe moventes non eſſe materiam Depoſiti. Præterquam quòd etiam res immobiles ſufficienter pro exemplis ponantur in ſequeſtro.

817. Objiciunt 3. Cura rei immobilis abit in ſpeciem *mandati. l. 5. §. 4. ff. de præſcriptis verbis.* ubi proponitur mandatum habens annexam cuſtodiæ legem: *poſſum enim* ait JC. *tibi mandare, ut & cuſtodiam mihi præſtes.* atqui Depoſitum reſpicit nudam cuſtodiam. ℞. Sæpè etiam res immobiles plus non requirere, quàm cuſtodiam, ut adnotavit Arnoldus Rath, v. g. ſi alicui Inſulæ cuſtodia commendetur. quæ non requirit magnam & fortè nullam curam aut adminiſtrationem, ſed ſolam cuſtodiam à damnis quæ inferri poſſent; v. g. à vicinis.

Itaque, ut idem auctor benè concludit, in concurſu duorum contractuum, de quibus dubium eſſe poteſt; is cenſendus eſt fuiſſe celebratus, quem contrahentes deſignarent: quorum enim ratione præſtationum plurimùm poſſit intereſſe; an contractus *depoſiti* vel *mandati* initus ſit, ob diverſitatem culpæ præſtandæ, videndum eſt, ne præter contrahentium intentionem alter ſtrictiùs & graviùs obligetur.

818. DUBITATUR 2. An validum ſit Depoſitum ad acquirendam Depoſiti actionem, ſi contingat, ut is apud quem res deponitur, ſit rei depoſitæ Dominus.

DICENDUM 1. Si dominium depoſitarii non in continenti appareat, æquum eſt, poſſeſſionem petenti reſtitui, & poſtea primùm de proprietate agi. arg. *legis 25. C. locati.* nam quod in hoc puncto de locatore dicitur, etiam de deponente, & commodante procedit. *Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, poſſeſſionem priùs reſtituere debet, & tunc de proprietate litigare.* Itaquè reſtitutionem rei depoſitæ conſequetur, non quidem actione Depoſiti, quia controverſum eſt, an valuerit Depoſitum, eò quòd ut dicetur, res ſua apud Dominum non poſſit deponi, ſicut nec locari aut commodari, ſed *condictione ex lege relata.*

DICENDUM 2. Si dominium ſtatim appareat, Depoſitum nullam actionem parit deponenti ad poſſeſſionem recipiendam. *l. 15. ff. h. t.* [Qui rem ſuam deponi apud ſe patitur, vel utendam rogat, nec depoſiti, nec commodati actione tenetur, ſicut qui rem ſuam conducit, aut precariò rogat, nec precariò tenetur, nec ex locato:

819. Objici poſſet 1. lex 16. *ff. commod.* ubi furi actio Commodati conceditur. *Ità ut & ſi fur aut prædo commodaverit, habeat commodati actionem.* Ergo dominii exceptio non admittitur. ℞. Diſtinguendo conſequens. Exceptio dominii alieni, conceditur, dominii proprii negatur. De priore eſt lex illa intelligenda.

Objiciunt aliqui 2. Saltèm is qui ſciens patitur rem ſuam apud ſe deponi, videtur conveniri poſſe actione depoſiti, qui enim ſcit rem eſſe ſuam, & tamen accipit in depoſitum, videtur rem talem donare; & velle ſolùm alterius nomine poſſidere. ℞. Hoc dici non poſſe propter legem 15. relatam, quæ planè loquitur de ſciente: nam in Iure, qui per patientiam Ius amittit, debet habere ſcientiam ſui Iuris, ut patet ex dictis de Servitutibus; quomodo per patientiam acquirantur. Et ſanè qui ſcit rem eſſe ſuam, poteſt vel ideo pati, ut deponatur, quia hac ratione videt ſe acquirere facili viâ poſſeſſionem rei ſuæ, quam fortaſſis alioquin duriore remedio aut magis impedito recuperare deberet.

Objici

Objici poſſet 3. Non apparet ullus modus declarandi, quare deponens per talem depoſitionem, præſertim apud ignorantem Dominũ, amittat poſſeſſionem: nam habet animum poſſidendi per ipſum depoſitarium, & depoſitarius non videtur habere poſſe alium animum, quàm poſſidendi nomine deponentis: atqui poſſeſſio non acquiritur per animum poſſidendi alterius nomine: ergo nec Dominus in tali caſu poſſeſſionem acquiret. Reſpondeo, poſſeſſionem acquiri eo momento, quo Dominus incipit habere ſcientiam dominii. hoc ipſo enim apparet ſtatim, quòd deponens nullum habeat Iuris remedium recuperandi poſſeſſionem. Si enim aliquod eſſet, vel eſſet rei vindicatio, vel condictio ex lege, vel actio Depoſiti: nulla horum competit, poſtquam conſtat de dominio. non rei vindicatio, quia hæc ſoli Domino, & non contra Dominum competit. Non condictio ex lege: nam ut dictum eſt, hæc convenit, quando nondum apparet dominium; non actio Depoſiti, quia Depoſiti Contractus eſt nullus.

CONTROVERSIA VI.

Ad quam culpam præſtandam teneatur Depoſitarius, & Deponens.

SUMMARIUM.

Regulariter depoſitarius tenetur ſolùm de culpa lata, de Iure communi. 820.

Ad quid teneatur in periculo perdendi res proprias vel depoſitas. 821.

De Iure Bavarico tenetur etiam culpam levem præſtare. eod.

Si depoſitarius accepit mercedem, tenetur etiam de culpa levi. 822.

Item ſi profiteatur aliquam artem vel officium, requirens majorem diligentiam. 823.

An talis etiam in conſcientia obligetur ad præſtandam culpam leviſſimam. 824.

Intellectus legis 1. ff. nautæ, caupones. eod.

An ab obligatione hujus legis liberentur factâ proteſtatione, ut quivis res ſuas cuſtodiat. 825.

An excuſentur, ſi gratis præbeant itinerantibus diverſorium. 826.

Ad quam culpam præſtandam teneatur ſponte ſe offerens ad depoſitum. 827.

Intellectus legis 1. §. 35. ff. Depoſiti. 828.

Solvuntur argumenta adverſariorum. 829.

An depoſitarius in neceſſitate electus teneatur de levi culpa. 830.

Ad quam culpam præſtandam teneatur deponens. 831.

De hoc ſic loquitur Iuſtinianus §. 3. *Inſt. quibus mod. re.* [Sed is (*depoſitarius*) ex eo ſolo tenetur, ſi quid dolo commiſit: culpæ autem nomine, id eſt, deſidiæ ac negligentiæ non tenetur. Itaque ſecurus eſt, qui parùm diligenter cuſtoditam rem furto amiſerit: quia qui negligenti amico rem cuſtodiendam tradit, non ei, ſed ſuæ facilitati id imputare debet.] Quæ verba ſi ſecundùm corticem acciperentur, viderentur planè ne quidem ad latam culpam cavendam & præſtandam obligare: hæc enim communiter venit nomine deſidiæ, & negligentiæ ſimpliciter dictæ. Cæterùm, quia lata culpa dolo comparatur, & alia jura clariora ſunt, ideo

820. DICENDUM eſt, regulariter loquendo, & de Iure communi, teneri depoſitarium ad culpam latam, & quidem hanc ſolam præſtandam. Ratio redditur ex regula generali ſæpiùs jam inculcata, quòd is de cujus commodo non agitur, ad ſolam latam culpam teneatur. & habetur *l.* 1. *C. h. t.* ubi de depoſitario expreſſè dicitur: [qui dolum ſolum, & latam culpam (ſi non aliud ſpecialiter convenit) præſtare debuit.] Itaque poteſt ſe depoſitarius ad majorem diligentiam obligare. Quin etiam poteſt convenire cum deponente, ut nullam culpam, ſolum dolum præſtare debeat; quod eſt generale in omnibus contractibus, excepto ſolo contractu dotali per *l. 6. ff. de pactis dotalibus* idque *propter utilitatem nubentium*, ut ibi dicitur.

821. Ad qualem autem rerum ſalvandarum in incendio v. g. vel naufragio prælationem inter ſuas & depoſitas res teneatur depoſitarius, diſcurrendum eſt cum proportione ad ea, quæ dicta ſunt in contractu *Commodati*. Solùm hîc ſpecialiter addendum eſt, ſi depoſitarius habeat à pluribus depoſita, electionem abſque ulla culpa relinqui depoſitario, ſi non poſſit omnium res ſervare, conſentaneè ad exemplum quod habetur in *lege* 3. §. Si cùm omnes. ff. *ad S. C. Sylanum*, ubi ſervo ignoſcendum dicitur, ſi, licèt ad omnes dominos defendendos obligatus, eligat, uni eſſe auxilio, nec potuit omnibus opem ferre, quod ſanè exemplum eſt aptiſſimum.

Quæres, an etiam ille teneretur ex culpa lata, qui eâdem negligentiâ verſatus eſt circa res proprias, ac circa res depoſitas, & ideo ambas perdidit. v. g. ſi hypocauſtum reliquit apertum, unde factum eſt, ut res propriæ ſimul cum depoſitis auferrentur. Ratio dubitandi poſſet eſſe *lex* 32. *ff. h. t.* ubi tunc ſolùm videtur fidem non ſervare, ſi minorem diligentiam rebus depoſitis exhibuit quàm propriis. [Etſi quis (*inquit IC. Celſus*) non ad eum modum, quem hominum natura deſiderat, diligens eſt, niſi tamen ad ſuum modum curam in depoſito præſtat, fraude non caret: nec enim NB. ſalvâ fide, minorem iis, quàm ſuis rebus diligentiam præſtabit.] Dicendum tamen eſt, etiam in tali caſu de culpa lata teneri. neque textus allatus obſtat, in quo

ſuppo-

ſupponitur depoſitarius ſuis rebus diligentiam aliquam adhibere; qualem tamen non adhibet ille, qui latam culpam committit, nam hæc eſt & vocatur diſſoluta negligentia. Tenetur ergo aliquam diligentiam rebus depoſitis adhibere, ſed non majorem quàm rebus propriis, ſi quidem aliquam adhibet: quodſi ſuis nullam adhibet, adhuc rebus depoſitis adhibere debet, nam ad hanc ſe obligavit. Et ſimile quid ſupponitur in lege 24. §. *ſi maritus. ff. ſoluto matrim.* [Negligentia, quæ in rebus propriis culpanda eſt, in rebus dotalibus quoque debet coërceri.] & tamen maritus etiam non tenetur rebus dotalibus majorem adhibere diligentiam quàm rebus ſuis, ſed tamen communem, adeo ut nec paciſci poſſit de ſolo dolo præſtando, de quo alibi. Itaque in diligentia ſufficit æqualitas, in negligentia non admittitur excuſatio ob æqualitatem.

Dixi, in concluſione: *Jure communi.* Nam Arnoldus Rath circa titulum 18. art. 3. & ex eo VVidman, exiſtimant, Iure Bavarico etiam levem culpam eſſe præſtandam depoſitario. & quidem ſi verborum apicibus inſiſtendum eſt, ità dicendum erit: nam expreſsè dicitur, quòd debeat compenſare damnum ex *notabili* negligentia illatum, culpa autem levis, ſeu negligentia illa, quæ communi diligentiæ opponitur, utique eſt notabilis. Item dicitur teneri ad reſtituendum, ſi depoſitum furto ablatum eſt, quia non debito modo incluſerit, obſeraverit, & in tuto poſuerit. quæ verba requirunt diligentiam ad minimùm communem. Sed in hoc puncto conſuetudo erit optimus legis Interpres.

Dixi etiam in Concluſione: *Regulariter loquendo.* Excipiuntur enim aliqui caſus, in quibus etiam de Iure communi ad præſtandam levem culpam tenetur. & imprimis quidem ex regula generali, quòd pacta ſint obſervanda, quæ contractibus licitè apponuntur, & conformiter ad ſæpè dicta, ſi ſe expreſsè obligaverit depoſitarius, ad majorem culpam præſtandam, ad illam utique tenebitur. Vlteriùs tamen & magis in ſpecie, hujus Contractûs.

822. Primus caſus refertur, quando depoſitarius accepit mercedem pro cuſtodia rei depoſitæ. Quamvis reverâ hæc non ſit ſtrictè exceptio à regula, quia in tali caſu non tenetur ex depoſito, ſed ex conducto, ut habetur expreſsè in *l.* 1. §. 8. [Si veſtimenta ſervanda balneatori data perierunt, ſi quidem nullam mercedem ſervandorum veſtimentorum accepit, depoſiti eum teneri, & dolum duntaxat præſtare debere puto. quodſi accepit, ex conducto.] Quod idem habetur §. 9. jam ſuprà relato.

823. Secundus caſus, & magis ad propoſitum eſt, quando depoſitarius profitetur aliquã artem, vel exercet aliquod officium, vi cujus tenetur ad majorem diligentiam circa res intuitu talis artis, aut officii depoſitas, quàm alii depoſitarii tenentur, eò quòd hujusmodi depoſitum per conſequentiam cedat in aliquod illorum commodum. Hujusmodi ſunt; Nautæ, Caupones, in quorum naves & hoſpitia à divertentibus res inferuntur, nam ob lucrum, quod à divertentibus ſperant, profitentur majorem diligentiam circa res depoſitas. Hujusmodi etiam ſunt Sartores & Fullones ratione eorum, quæ eorum cuſtodiæ committuntur eo fine, ut reficiantur: nam etſi concurrens locatio ſit diſtincta à depoſito, propter ipſum tamen concurſum, & conjunctionem, quæ in eorum commodum derivatur, ad majorem diligentiam obſtringuntur, & ſaltèm culpam levem in cuſtodia commiſſam præſtare tenentur, ex regula generali *l.* 23. *ff. de R.I.* ſæpè jam inculcata, quòd contractus cedat in commodum utriusque. De Nautis & Cauponibus eorúmque Miniſtris habetur *l.* 1. *ff. Nautæ, Caupones.* ubi Prætor ait: *Nautæ, Caupones, Stabularii, quod cujusque ſalvum fore receperint, niſi reſtituant, in eos judicium dabo.* Quod edictum in l. 3. ità explicatur, ut dicatur eos etiam de leviſſima culpa teneri illis verbis: *etiamſi ſine culpa ejus res perierit, vel damnum datum eſt: niſi ſi quid damno fatali contingit.* Solus ergo caſus fortuitus excipitur.

824. Quæres, an hæc lex fundet etiam obligationem in conſcientia. Negant Angelus & Salicetus. Theologi tamen communiter (quos ſequitur Arnoldus Rath c. 3. *th.* 39.) affirmant. Nam obligant ſe ad illam diligentiam (tacitè vel expreſsè) ad quam leges obligant. Ergo obligant ſe ad accuratam diligentiam, & ad culpam leviſſimam evitandam. An autem, ſi deinde culpa hujusmodi committatur materialiter potiùs, quàm formaliter, hoc eſt, ſi per inconſiderantiam inculpabilem committatur, ſint obligati in conſcientia, ante omnem Iudicis ſententiam, ad reſtituendum, eſt alia quæſtio deciſa in *to.* 1. *tr.* 3.

Dices. Lex illa videtur fundari in præſumptione fraudis: ergo etiamſi culpa committeretur, dummodo fraus abfuiſſet, ad nihil tenerentur in conſcientia. Antecedens videtur contineri in *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* ℞. Legem non fundari in præſumpta fraude commiſſa in caſu particulari, ſed in periculo certo committendarum ſæpiùs fraudum, niſi adſtringerentur ad hujusmodi diligentiam excluſivam etiam leviſſimæ culpæ, & negligentiæ: ità habet textus. [Maxima utilitas eſt hujus edicti, quia neceſſe eſt, plerumque eorum fidem ſequi, & res cuſtodiæ eorum committere. Nec quisquam putet, graviter hoc adversùs eos conſtitutum. nam eſt in ipſorum arbitrio, ne quem recipiant, & niſi hoc eſſet ſtatutum, materia daretur cum furibus adversùs eos, quos recipiunt, coëundi: cùm ne nunc quidem abſtineant hujusmodi fraudibus.] Similem objectionem diſſolvi in tract. 6. de invaliditate Teſtamenti minùs ſolennis. Circa hoc tamen

825. QUÆRITUR 1. An hac obligatione liberentur Caupones, Nautæ, &c. ſi proteſtati fuerint, ut unusquisque ſuas res ipſe cuſtodiat. Gloſſa diſtinguit: & quidem ſi priusquam recepit, fuerit proteſtatus, tunc fatetur, eum liberari. Sin primùm poſtquam recepit, negat. Arnoldus Rath aliter diſtingnit th. 41. Vel enim accedit conſenſus deponentium, vel non accedit: ſi accedit, tunc ſive antè ſive poſtea fuerit interpoſita proteſtatio, dummodo antequam eveniat occaſio damni inferendi; (quod utique ſubintelligendum eſt) liberabitur. Si verò conſenſus non accedat, non vult liberari ſolâ ſuâ proteſtatione. Rationem dat. Quia ſi ſufficeret exercitorem prædicere, ut quisque vectorum, qui vehuntur, res ſuas ſervet, neque damnum ſe præſtiturum, foret in poteſtate recipientis nautæ, ne unquam edicto Prætoris (antè relato) teneretur, ſemper ſcilicet prædicturus, eâque ratione evitaturus earum actionum periculum, quod abſurdum eſſet. Hæc doctrina vera eſt. Claritatis tamen gratiâ diſtingui poſſet hoc modo. Vel nauta (idem eſt de aliis) proteſtatur, & monet, dum adhuc res eſt integra, hoc eſt, dum adhuc absque alio novo incommodo poſſunt, qui vehi volunt, res ſuas non deponere in hac navi, ſicut poterant, antequam reciperentur: vel res non eſt integra, eò quòd v. g. navis jam à portu ſolvit, vel quia alia hoſpitia interim fuerunt occupata, ut jam non poſſit ampliùs hoſpes alibi divertere, ſicut potuiſſet, ſi receptus ab hoc Caupone non fuiſſet. In poſteriore caſu non liberabitur, niſi expreſsè conſentiant deponentes, nec præſumerentur conſentire, etiamſi nihil contradicerent: quia ſcirent, nautam jam eſſe obligatum cuſtodire: cui Iuri non cederent, etiamſi, v. g. ad rixas cavendas, tacerent. In priori caſu liberaretur nauta, etiamſi non expreſsè conſentirent, dummodo manerent in navi aut hoſpitio, quia ſic tacitè conſentirent, quod ſufficeret, cùm nautam necdum haberent obligatum. Et hæc mihi videtur eſſe mens Vlpiani in *l. 7. ff. Nautæ, Caupones*. Si totus contextus conſideretur, & ſic habet. [Debet exercitor omnium nautarum ſuorum, ſivè liberi ſive ſervi, factum præſtare, nec immeritò factum eorum præſtat; cùm ipſe eos ſuo periculo adhibuerit. Sed non aliàs præſtat, quàm ſi in ipſa nave damnum datum ſit: cæterùm, ſi extra navem, licèt à nautis, non præſtabit. Item NB. ſi prædixerit, ut unusquisque vectorum res ſuas ſervet, neque damnum ſe præſtaturum, & conſenſerint vectores prædictioni, non conveniuntur.]

826. Quæri poteſt 2. An ab hac obligatione ſit immunis Caupo vel Nauta, ſi gratis præbeat itinerantibus diverſorium; aut navigationem, nihil proteſtando, de non præſtandâ rerum illatarum cuſtodia. R. Negativè. Tunc enim adhuc ſaltèm ad latam culpam tenebitur, quia cenſetur gratis recipere in ſe cuſtodiam, alioquin deciperetur viator, qui hoc meritò ſupponit. Aliud eſſet, ſi extra negotium ſeu ordinem profeſſionis quenquam reciperet, v. g. ſi nauta in domum ſuam quam in urbe habet, permitteret merces immitti, non hoc ipſo cuſtodiam ipſe ſuſciperet, ut nauta, imò nec ut paterfamilias, niſi hoc ab ipſo rogaretur; poſſet enim ſupponere, ab ipſo inferente cuſtodiendas eſſe. Sed hæc omnia morali, & hominibus conſueto modo judicanda ſunt. Quâ ratione excuſari poſſunt ab hac obligatione (ut notavit Arnoldus Rath *c. 3. th. 44.*) qui ut cives, eſto non gratis alios hoſpitio excipiunt, fortè Regis aut Principis curâ in aliquem locum deveniente, & hoſpitio per domos diſtributâ; quod jam antè notavit, etiam P. Molina *d. 527. n. 3.* prope finem. Et hæc circa ſecundum caſum.

827. Tertius caſus eſt valdè controverſus, ad quam culpam præſtandam teneatur, qui ſponte ſe offert ad depoſitum recipiendum. Communiſſima Iuriſtarum eſt ſententia, (quam Ius Bavar. tit. 18. a. 1. ſequitur) teneri ad culpam etiam leviſſimam, & à ſolo caſu fortuito liberum eſſe. Stat pro hac ſententia textus rotundus, & nullâ tergiverſatione declinabilis in *l. 1. §. 35. ff. h. t.* [Sæpè evenit, ut res depoſita, vel nummi periculo ſint ejus, apud quem deponuntur, ut puta, ſi hoc nominatim convenit. Sed &, ſi ſe quis depoſito obtulit, idem Iulianus ſcribit periculo ſe depoſiti illigâſſe: ità tamen, ut non ſolùm dolum, ſed etiam culpam, & cuſtodiam præſtet, non tamen caſus fortuitos.]

Hunc textum Theologi exiſtimant durum eſſe, ſi ſumatur in eo rigore quo Iuriſconſulti accipiunt, & ideo variè limitant. Quidam enim volunt, tunc procedere, quando deponens quæſivit depoſitarium diligentiſſimum: quo caſu qui ſe ſponte offert, excluditque alium diligentiſſimum, cenſetur meritò in ſe recipere illam cuſtodiam, hoc eſt, diligentiſſimam, qualem deponens deſideravit. De hoc quidem mihi non eſt dubium: ſed ſi Iulianus JC. hoc voluiſſet, certò certiùs id monuiſſet. Hæc eſt ergo mera divinatio.

Alii ut Molina & Leſſius, volunt, textum eſſe intelligendum de depoſito facto in commodum ipſius depoſitarii. Sed nullum verbum eſt in toto contextu, ex quo hæc interpretatio efficaciter colligi poſſit. Nam etiamſi ſe non ſponte obtuliſſet, ſi in ejus ſolius commodum cederet depoſitum; teneretur ad leviſſimam culpam præſtandam. Textus autem vult ſpecialem obligationem, ob ſpontaneam oblationem.

Alii denique mediam viam tenent, & docent, eum, qui ſe ſponte offert, tametſi nullam utilitatem capiat ex depoſito, teneri tamen, non quidem ad leviſſimam, ſed tamē etiam ad levem, & non ad ſolam latam culpam. Ità P. Layman *c. 25. n. 5.* quem ſequitur ex ICtis Arnoldus Rath

c. 3.

Digitized by Google

ff. 3. *th.* 47. Ratio hujus ſententiæ eſt, quòd qui ſe ſponte offert, intelligatur majorem præ aliis cuſtodiendi curam promittere. Accedit, quòd in *cap.* 2. *de depoſito.* iſta duo: *Offerre ſeſe depoſito*: & pro cuſtodia mercedem accipere, à Summo Pontifice æquiparentur: cùm ergo in priore caſu, quo ſcilicet ex promiſſa mercede depoſitum in locationem tranſit, is qui rem cuſtodiendam accepit, non niſi de culpa levi teneatur, conſequens eſt, ut ex natura æquiparatorum, nec priori caſu de minori culpa obſtringatur.

Hæc tamen ſententia, etſi valde rationabilis ſit, textum tamen nec defendit, nec declarat, ſed potiùs ab eo recedit. Fatetur enim Arnoldus Rath, textum adeo clarè de culpa leviſſima loqui, ut ſine cavillatione in dubium vocari non poſſit.

828. Exiſtimo poſſe textum ſine violentia intelligi de tali ſpontanea oblatione, ob quam meritò præſumi poteſt, quòd voluerit ſe ad leviſſimam culpam præſtandam obligare depoſitarius. Pro quo

Adverto dupliciter poſſe intelligi ſpontaneam oblationem. Primò, quando quis habet notitiam, quòd v. g. Petrus deſideret, vel indigeat depoſitario, eò quòd non poſſit ipſe rebus ſuis cuſtodiam adhibere, quia fortè debet alio proficiſci, &c. hinc qui ſe offert, dicitur ſponte ſe offerre, quatenus in particulari non eſt requiſitus: quia tamen ſaltèm in genere eſt requiſitus, & indeterminatè, ideo ſe offerendo non cenſetur ſe obligare velle, niſi in quantùm quivis depoſitarius requiſitus ſe obligat, adeoque ad ſolam culpam latam. Neque de hujusmodi offerente loquitur Iulianus in textu.

Secundò ergo poteſt quis ſe ſponte offerre alicui, qui ne quidem in genere deſideravit depoſitarium, neque etiam ullâ neceſſitate urgetur ad deponendum, cùm poſſit ipſe res ſuas cuſtodire: quia tamen amicus illius advertit, eum res ſuas non ſatis diligenter cuſtodire, & ideo quandoque perdere, vel, quòd etſi omnem diligentiam adhibeat, quantùm eſt ex parte ſua, quia tamen res ſuas eo loco habet, qui furibus magìs eſt expoſitus, &c. ideo ſponte offert ſe, ut apud ſe deponat. De tali puto Iulianum loqui: & talis meritò præſumitur leviſſimam etiam culpam polliceri, quia majorem quàm communem diligentiam jactat, & ideo inducit ad deponendum eum, qui alioquin non deponeret. Ad contraria fundamenta facilis eſt reſponſio.

829. Objicitur 1. Qui eſt magìs beneficus, non debet magìs gravari, quàm qui minùs eſt beneficus: atqui ſponte ſe offerens eſt magìs beneficus, quàm qui exſpectat, donec requiratur: ergo cùm iſte tantùm ad culpam latam obligetur, etiam, & multò minùs, non ad majorem debet prior obligari. Hoc argumentum debent ſolvere, qui tertio loco ſunt relati, cùm dicant, talem obligari ad præſtandam culpam levem. Ego facilè reſpondeo. Vel loquitur objectio de illo, qui ſe ſponte offert primo modo, & tunc conceditur totum argumentum, ut paulò antè explicatum eſt, quia non offert ſe niſi ad id præſtandum, cum quo deponens vult eſſe contentus, quandoquidem non niſi communem depoſitarium quærit. Si verò objectio loquitur in minore propoſitione de eo, qui ſe offert ſecundo modo, tunc diſtinguo minorem. Eſt magìs beneficus, ſi ſe offert ad majorem diligentiam, & ſecuritatem præſtandam, quàm eſt illa, quæ adhibetur ab ipſo amico, concedo. Secùs nego minorem. nam ſi ſe ad minorem offerret, dolum committeret, & amicum deciperet, ut patet conſideranti.

Objicit Arnoldus Rath 2. Negotiorum geſtor non tenetur ex communi ſententia (quamvis aliqui diſſentiant) niſi ad levem culpam præſtandam, & tamen ſe ſponte offert: ergo idem de depoſitario ſe ſponte offerente dicendum erit. R. Tranſeat Ant. nego conſequentiam, loquendo de illo qui ſe offert ſecundo modo. Diſparitas eſt aperta. quia negotiorum geſtor offert ſe illi, qui indiget tali beneficio, & quia abſens eſt, non poteſt ſibi & rebus ſuis conſulere. At verò in caſu noſtro, qui deponit, non depoſiturus, niſi inductus ab eo qui ſe offert ſecundo modo, ipſemet rerum ſuarum curam gereret, nec urgetur neceſſitate ad inquirendum depoſitarium ſolùm infimæ diligentiæ, qualis eſt ille qui ſolùm culpam latam præſtare vult. eſt ergo manifeſta diſparitas.

830. Quartum caſum aliqui aſſignant, quo putant depoſitarium etiam ad levem culpam præſtandam obligari, nempe, quando ad deponendum quis adigitur repentinâ & improviſâ neceſſitate, v. g. ob repentinum incendium, ruinam, naufragium aut tumultum, & ideo non habet deponens tempus deliberandi de eligendo depoſitario, ſed contentus eſſe debet cum quovis obvio. Rationem hanc aſſignant. Cur lata ſolùm culpa præſtetur à depoſitario extra hunc caſum neceſſitatis, ratio eſt, quia ipſe talem eligit, & ſibi imputare debet, quòd negligenti amico commiſerit res ſuas. atqui hæc ratio non procedit in caſu neceſſitatis ut patet. Ergo, &c.

DICENDUM tamen eſt, talem non obligari niſi ad latam culpam præſtandam. Quia nullo iure poteſt major obligatio probari. Ratio allata nimiùm probat, nempe ſi illa eſſet adæquata ratio, ne quidem ad latam culpam præſtandam teneretur, quia ſibi imputare deberet deponens, quòd tam negligentem amicum elegerit. Ergo non eſt illa fundamentalis ratio, ſed hæc, quòd depoſitum in ſolius deponentis utilitatem cedat: quæ ratio cùm etiam locum habeat in caſu neceſſitatis, in eo caſu idem dicendum erit. & ſibi gratulari debet deponens, quòd talem amicum repererit, qui vel latam culpam præſtare velit.

831. Hactenus de culpa à depoſitario præſtanda. Nunc de culpa à deponente præſtanda quæritur, ad quam teneatur, ſi depoſuit rem nocivam, v. g. ſervum furtivum, equum vitio vel morbo affectum, quo pecora depoſitarii infecta ſunt. ℞. Breviter, quòd teneatur de culpa etiam leviſſima: quod colligunt Interpretes ex lege 61. §. *quod verò* 5. *ff. de furtis poſt medium*. ubi poſtquam hoc de mandato dictum erat, ſubjungitur. [Idque evidentiùs in cauſa depoſiti apparere: nam licèt alioquin æquum videatur, non oportere cuiquam plus damni per ſervum evenire, quàm quanti ipſe ſervus ſit, multò tamen æquius eſſe, nemini officium ſuum, quod ejus cum quo contraxit, non etiam ſui commodi cauſâ ſuſceperit, damnoſum eſſe.] Sicut ergo commodatarius ad leviſſimam culpam tenetur, quia ejus ſolius commodum in contractu intenditur, ità deponens etiam tenebitur, ob eandem cauſam.

CONTROVERSIA VII.

Quæ actiones, quibus; & adversùs quem competant.

SUMMARIUM.

AD quid tendant actio directa & contraria, conveniens ex hoc contractu. 832.

Si plures rem indiviſibilem depoſuerunt, an quivis eorũ agere poſſit ad reſtitutionem totius depoſiti. 833.

Ad quem ſpectet caſus fortuitus, ſi poſt moram res periit. 834.

An adversùs depoſitarium admittatur juramentum in litem ob præſumptionem doli. eod.

An depoſitario incumbat onus probandi caſum fortuitum. eod.

Cuinam præter deponentem competat actio directa. 835.

Si plures ſint heredes, & unus ſuam partem recepit, & altera pars periit, cujus ſit damnum. 836.

Quomodo unus heredum ſine altero poſſit ſuam partem conſequi. eod.

Conſtitutio legis 1. §. 36. ff. depoſiti. *in quibus locum habeat.* 837.

An procedat in ſociis habentibus bona communia. 838.

An in caſu commiſſi doli detur actio adverſus heredem, ad quem nihil pervenit. 839.

Si unus heredum dolum commiſiſſet, an in ſolidum conveniri poſſet. 840.

Quid ſi omnes heredes ſimul dolum commiſerunt. 841.

Quid ſi unus heres habens facultatem reſtituendi totum, non reſtituat. 842.

Quid ſi rem depoſitam bonâ fide alienavit, & ex pretio locupletior factus eſt. 843.

8

832. DEponenti competere actionem directam depoſiti, & econtra depoſitario competere actionem contrariam, eo modo quo dictum eſt de actionibus commodati, conſtat ex Rubrica tituli, qui eſt: *Depoſiti & Contra.*

Directa tendit ad hoc, ut res depoſita cuſtodiatur toto illo tempore pro quo contractus initus eſt; & ſi repetatur à deponente, quando jus habetur repetendi (ſecundùm ſuperiùs dicta) reſtituatur. Non habet autem jus repetendi tunc, ſi vellet depoſito v. g. gladio uti ad alios nocendum: prout explicatum eſt *to.* 1. *tr.* 2. quia tunc etiam non depoſitus gladius poſſet retineri. Quod ſi latâ culpâ (vel in caſibus exceptis levi aut leviſſimâ culpâ) perierit, aut deterior facta ſit, æſtimatio vel intereſſe reſtituatur deponenti, aut hæredi illius. *l.* 1. §. 16. *ff. h. t. Si res depoſita deterior reddatur, quaſi non reddita agi depoſiti poteſt: cùm enim deterior redditur, poteſt dici, dolo malo redditam non eſſe.*

Ex hoc infertur fore locum actioni directæ, ſi depoſitarius tabulas teſtamenti apud ſe depoſitas divulgâſſet: per talem enim divulgationem redderentur tabulæ deteriores, cujus ob periculum imminens intereſt non fuiſſe publicatas. & eſt textus in l. 1. §. 38. ff. h. t. *Si quis tabulas teſtamenti apud ſe depoſitas pluribus præſentibus legit, ait Labeo depoſiti rectè de tabulis agi poſſe.*

Eâdem directâ actione convenietur depoſitarius, ſi quidem ſine mora rem reddere velit, ſed exigat pecunias. *l. fin. ff. h. t. Potes agere depoſiti cum eo, qui tibi non aliter quàm nummis à te acceptis depoſitum reddere voluerit, quamvis ſine mora & incorruptum reddiderit.* Ratio eſt, quia fidem non ſervat, nam cuſtodiam gratis ſuſcepit. Si ergo depoſitarius hoc modo pecuniam extorſit, ex actione depoſiti peti poteſt.

833. QUÆRITUR 1. Si plures rem communem diviſibilem depoſuerunt, an quivis eorum agere poſſit ad reſtitutionem totius rei depoſitæ, ſi nihil expreſsè eſt conventum. ℞. Negativè. Sed quivis tantummodo ad partem ſibi debitam agere poteſt *l.* 1. §. 44. *ff. h. t.* [Sed ſi duo depoſuerint, & ambo agant, ſi quidem ſic depoſuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in ſolidum agere: ſin verò pro parte, pro qua eorum intereſt, tunc dicendum eſt, in partem condemnationem faciendam.] Quod ſi res dividi non poſſet, non teneretur uni agenti reſtituere, niſi præſtitâ cautione, quòd reliquis deponentibus velit ſatisfacere pro ſua parte.

834. QUÆRITUR 2. Ad quem ſpectet caſus fortuitus & periculum rei, ſi depoſitarius in mora reſtituendi fuit, & res periit. ℞. pertinere ad depoſitarium, niſi eodem modo fuiſſet apud deponentem peritura. *l.* 12. §. *fin. ff. h. t.* [Quemadmodum, quod ex ſtipulatu, vel teſtamento dari oporteat, poſt judicium acceptum cum detrimento rei periret, ſic depoſitum quoque eo die quo depoſiti actum eſt, periculo

ejus

eius apud quem depoſitum fuerit, ſi judicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit.] Itaque ſi juſtam cauſam non reſtituendi habuiſſet, excuſatus eſſet.

Quod amplius eſt, depoſitarius adeò præſumitur in dolo eſſe, cùm negat reſtitutionem depoſiti, ut adverſus eum juramentum in litem admittatur, ſi conſtiterit de depoſito, & ſola quantitas ſit controverſa, ea regula generali, quòd ex dolo præſumpto jurari poſſit in litem. Sed hoc aliò ſpectat.

QUÆRITUR 3. Si depoſitarius ideo non reſtituit, quia dicit, rem caſu fortuito periiſſe, an illi incumbat onus probandi caſum fortuitum. ℞. Affirmativè. Ratio eſt, tum quia generaliter affirmanti incumbit probatio, tum quia alioquin facilis eſſet modus malitioſis depoſitariis, negare reſtitutionem depoſiti.

835. QUÆRITUR 4. Cuinam præter deponentem competat hæc actio directa. ℞. Competere etiam hæredi tam fideicommiſſario, quàm directo, & cuicunque bonorum-poſſeſſori. Nam hi omnes ſunt loco hæredum, ad quos omnia jura defuncti tranſeunt, quæ omnia conſtant ex alibi dictis, & ſunt extra controverſiam. Idem dicendum de legatario, & fideicommiſſario ſingulari, ad quos per ultimam voluntatem hæc actio pervenire poteſt.

836. QUÆRITUR 5. Si plures ſint hæredes, & unus eorum ſuam partem à depoſitario conſecutus eſt, deinde altera pars apud depoſitarium periit, cujus ſit hoc damnum. Ad hoc dubium olim ſatis perplexum reſpondet Iuſtinianus Imp. in lege *fin. C. h. t.* his verbis. [Supervacuam veterum differentiam è medio tollentes, ſi quis certum pondus auri vel argenti confecti vel in maſſa conſtituti depoſuerit, & plures ſcripſerit hæredes, & unus ex his contingentem ſibi portionem à depoſitario acceperit, alter ſuperſederit, vel aliàs fortuito caſu impeditur hoc facere non potuerit, & poſtea depoſitarius in adverſam inciderit fortunam, vel ſinè dolo depoſitum perdiderit: Sancimus non eſſe cohæredi ejus licentiam venire contra eũ cohæredẽ ſuũ, & ex ej⁹ parte avellere, quod ipſe ea ſua parte conſequi minimè potuit, quaſi eo quod cohæres accepit, communi conſtituto: cùm ſi certæ pecuniæ depoſitæ fuerint, & ſuam partem unus ex hæredibus accepit, nemini veniat in dubium, benè eum accepiſſe partem ſuam, & non debere aliam partem attingere; nobis enim non videtur eſſe homo obnoxius, neque in maſſa, neque in ſpecie, neque in pecunia numerata, qui ſuam partem ſuſcepit, ne induſtria pœnas deſidiæ ſolvat: ſi enim & alius hæres tempora opportuna, quemadmodum cohæres ejus, obſervâſſet, & ſuam uterque reciperet, & ſequentibus altercationibus minimè locus relinqueretur.] Breviter damnum ad illum ſolum pertinet, qui ſuam partem non accepit. Quam reſolutionem ait Arnoldus Rath. *cap. 4. th. 14.* ex optima ratione, & ex regulis juris generalibus deſumptam eſſe. Nempe ratio eſt, quia, poſtquam unus ex cohæredibus partem ſuam accepit, hoc ipſo à communione receſſit, & pars accepta in dominium accipientis tranſivit: ergo reſidua pars eſt alterius ſolius: ergo ſi petit, illi ſoli tanquam domino petit.

Quomodo autem unus hæredum ſine altero ſuam partem depoſitam conſequi poſſit, eleganter deſcribitur *l. 1. §. 36. ff. h. t.* [Si pecunia in ſacculo ſignato depoſita ſit, & unus ex hæredibus ejus qui depoſuit, veniat repetens, quemadmodum ei ſatisfiat, videndum eſt. Promenda pecunia eſt vel coram prætore, vel intervenientibus honeſtis perſonis, & ea ſolvenda pro parte hæreditaria. Sed & ſi reſignetur, non contra legem depoſiti fiet: cùm vel prætore auctore, vel perſonis honeſtis intervenientibus hoc eveniet: reſiduo vel apud eum remanente, ſi hoc voluerit: ſigillis videlicet priùs ei impreſſis, vel à prætore, vel ab his, quibus coram ſignacula remota fuerint, vel ſi hoc recuſaverit, in æde deponendo. Sed ſi res ſunt, quæ dividi non poſſunt, omnes debebit tradere, ſatiſdatione idoneâ à petitore ei præſtandâ in hoc quod ſupra ejus partem eſt. Satiſdatione autem non interveniente, rem in ædem depoſiti, & omni actione depoſitarium liberari.] Circa hanc utiliſſimam, imò neceſſariam conſtitutionem,

837. Advertendum eſt 1. Eam ſolùm habere locum in rebus numero, pondere, aut menſurâ conſtantibus, in his, inquam, ſolis locum habet conſtitutio quoad diviſionem faciendam, & quoad periculum partis apud deponentem manentis, & ad alterum cohæredem ſpectantis, nam ſi ad alias res extenderetur, facilè fieri poſſet, ut in alia Iuris principia graviter impingeretur.

Hinc ſi plures equos, boves, aut lectos depoſitos relinqueret defunctos, & unus ex hæredibus unum equum aut bovem v. g. reciperet, & alter apud depoſitarium periret, periculum & damnum eſſet commune, quia tam bos acceptus quàm remanens manaiſſet communis. Ità annotavit accuratiſſimus Arnoldus Rath, *th. 15. c. 4.* & declaratur hoc modo. Hoc namque eſt, quod veteres tradiderunt, in corporibus ſive ſpeciebus fieri inter plures dominos diviſionem non realiter & numero, ſed intellectu potiùs, ut ſciamus ſi decem boves depoſiti ſint, eos inter duos hæredes non ſic dividendos, ut ſinguli recipiant quinque boves, ſed ità, ut ſingula boum corpora ſint inter ipſos communia pro partibus indiviſis. Ità habetur in *l. 54. ff. de V. O.* [In ſtipulationibus aliàs ſpecies, aliàs genera deducuntur. Cùm ſpecies ſtipulamur, neceſſe eſt inter dominos, & inter hæredes ità dividi ſtipulationem, ut partes corporum cuique debeantur. Quoties autem genera ſtipulamur, numero ſit inter eos

divi-

diviſio. Veluti cùm Stichum & Pamphilum quis ſtipulatus, duos hæredes æquis partibus relinquit, neceſſe eſt utrique partem dimidiam Stichi & Pamphili deberi: ſi autem idem duos homines ſtipulatus fuiſſet, ſinguli homines hæredibus ejus deberentur.] Et adhuc clariùs habetur in *l. 5. ff. de ſtipul. Servorum.* Servus communis ſic omnium eſt, non quaſi ſingulorum totus, ſed pro partibus utique indiviſis: ut intellectu NB. magis partes habeant, quàm corpore.]

Dices. Imò Conſtitutio videtur ſibi plus velle, dum dicit: *Non tantùm in maſſa & pecunia numeratâ, verùm etiam in ſpecie depoſita.* ℞. Imperatorem loqui de illis ſpeciebus, quæ conſiſtunt in numero, pondere & menſura, quia loquitur de illis, ex quibus *partem ſuam hæres ſuſcepit.* Ità ut eam ſibi propriam faciat: hoc autem ſolùm fit in ſpeciebus fungibilibus.

838. Advertendum eſt 2. Adductam conſtitutionem procedere ſolùm in cohæredibus, non item in ſociis habentibus bona communia. Nam ſi unus ex ſociis partem ſuam à debitore communi accepiſſet, & reſidua pars periret, aut debitor fieret non ſolvendo, deberet ſocius partem acceptam communicare cum reliquis, adeoque non feciſſet ſibi propriam. l. 63. (in antiquis exemplaribus eſt 64.) §. 5. *ff. pro ſocio.* [Si cùm tres ſocii eſſent, egerit cum uno ex ſociis ſocius, & partem ſuam integram ſit conſecutus, deinde alius ſocius cum eodem agat, & partem conſequi integram non poterit, quia ſacere ſolidum non poteſt, an hic, qui minus conſecutus eſt, cum eo agere poſsit, qui ſolidum accepit, ad communicandas partes inter eos, id eſt, exæquandas: quaſi iniquum ſit, ex eadem ſocietate alium plus alium minus conſequi? ſed magis eſt, ut *pro ſocio* actione conſequi poſſit, ut utriusque portio exæquetur, quæ ſententia habet æquitatem.] Imò etiam habet rationem elegantem, & eſt diſparitas inter hæredum & ſociorum communionem, nam ſociorum communio provenit ex eorum conſenſu, quo intendunt, ut damna & lucra æqualiter omnes afficiant. Hæredes autem dicuntur incidere in communionem abſque ſuo conſenſu.

Hucuſque vidimus quibus competat directa depoſiti actio. Nunc videndum, adverſùs quos competat. Itaque

Dubitatum eſt, an hæc actio detur etiam adverſùs hæredem depoſitarii in caſu quo depoſitarius ex dolo tenebatur. Ratio dubitandi fuit, quia actiones quæ ex maleficio & dolo naſcuntur non ſolent dari adverſùs hæredes. Nihilominus

839. DICENDUM eſt 1. Etiam in caſu commiſſi doli & inde natæ obligationis, dari actionem directam depoſiti adverſùs hæredem depoſitarii, etiamſi nihil inde ad eum perveniſſet. Ratio eſt, quia hæc actio fundatur in contractu, & non præcisè in dolo, nempe quia per contractum depoſitarius ſe obligavit non ſolùm ad dolum præſtandum, ſed etiam ad culpam latam. Atqui omnes hujuſmodi obligationes tranſeunt ad hæredem, ſicut etiam tranſiret, ſi ſe ad caſum fortuitum obligâſſet. Et habetur in *l. 7. §. 1. ff. h. t.* [Datur actio depoſiti in hæredem ex dolo defuncti in ſolidum. Quanquam enim aliàs NB. ex dolo defuncti non ſolemus teneri, niſi pro ea parte, quæ ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique perſecutione deſcendit, ideoque in ſolidum unus hæres tenetur, plures verò pro ea parte, quâ quiſque hæres eſt.]

Hinc autem è contrario inferendum eſt, quòd hæres non niſi in ſimplum conveniri poſſit, ſi defunctus potuit in duplum conveniri in illis caſibus, in quibus depoſitum eſt neceſſarium, hoc eſt, ex neceſſitate contractum, ex incendio, ruina, naufragio aut tumultu. In his caſibus ſuprà dictum eſt, depoſitarium doloſum in duplum condemnari: Ità *l. 18. ff. h. t.* [De eo quod tumultûs, incendii, ruinæ, naufragii cauſâ depoſitum eſt, in hæredem de dolo mortui actio, & pro hæreditaria portione, & in ſimplum, & intra annum quoque. in ipſum (defunctum) & in ſolidum, & in duplum, & in perpetuum datur.] Itaque actio deponenti competens ex depoſito neceſſario in duplum, non eſt unicè ex contractu, ſed partim ex delicto & edicto prætoris.

840. DICENDUM 2. Si unus hæredum dolum commiſiſſet, ipſe, ratione doli commiſſi in ſolidum conveniri poſſet, eſto cæteroquin, & ut hæres, non niſi pro parte qua hæres eſt, poſſit conveniri. *l. 9. ff. h. t.* [In depoſiti actione ſi ex facto defuncti agatur adverſùs unum ex pluribus hæredibus, pro parte hæreditaria agere debeo: ſi verò NB. ex ſuo delicto: pro parte non ago meritò, quia æſtimatio refertur ad dolum, quem in ſolidum ipſe hæres admiſit.]

841. DICENDUM 3. Si hæredes depoſitarii ambo rem depoſitam dolo interverterunt, tunc ſi nocumentum intulit quivis partialiter partialitate effectûs, v. g. ex 10000. quivis abſtulit 5000. tunc conveniendi ſunt ſinguli in quinque millia tantummodo, ſi verò res depoſita fuit individua, & ad damnum ſinguli ità concurrerunt, ut quivis in totum damnum indiviſibiliter ſumptum influxerit, adeoque non partialitate effectûs, ſed ſolùm partialitate cauſæ (ut Philoſophi & Theologi loquuntur) tunc ſinguli in ſolidum convenientur. *l. 22. ff. h. t.* [Si duo hæredes rem apud defunctum depoſitam dolo interverterint, quodam utique caſu in partes tenebuntur. Nam ſi diviſerint decem, quæ apud defunctum depoſita fuerant, & quina abſtule-

letint, & uterque ſolvendo ſit, in partes obſtricti erunt. nec enim amplius actoris intereſt. Quodſi lancem conflaverint, aut conflari ab alio paſſi fuerint, aliave ſpecies dolo eorum interverſa fuerit, in ſolidum conveniri poterunt, acſi ipſi ſervandam ſuſcepiſſent.] Quodſi ſpecies ipſa reſtitui non poteſt, ſed ad æſtimationem reſtituendam devenitur, tunc non niſi pro parte hæreditaria ſinguli condemnandi ſunt. Item uno non exiſtente ſolvendo, alter conveniri ulterius poteſt, quia in textu allato dicitur: & uterque ſolvendo ſit. Item: nec enim amplius actoris intereſt. Atqui ſi alter ſolvendo non ſit, utique intereſt actoris, alterum quoque conveniri poſſe. Videnda ſunt quæ dixi *tract. 2. cap. de cooperantibus ad injuſtam læſionem, quo ordine teneantur.*

842. DICENDUM 4. Si conventus hæres unus ex pluribus habet facultatem reſtituendi totum depoſitum & non reſtituat totum, condemnabitur in ſolidum, argumento deſumpto à paritate commodati. *l. 3. §. 3. ff. commodati.* [Hæres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte qua hæres eſt, convenitur, niſi fortè habuit facultatem totius rei reſtituendæ, nec faciat: tunc enim condemnatur in ſolidum, quaſi hoc boni judicis arbitrio conveniat.]

843. DICENDUM 5. Si hæres rem depoſitam bonâ fide alienavit, & ex pretio accepto locupletior factus eſt, tenetur poſtea, re cognitâ pretium reſtituere. Ità *l. 1. §. fin. ff. h. t.* ubi benè ſolvitur ratio dubitandi: nam licèt nullum dolum commiſerit alienando, dolum tamē committeret, dum vellet cum alterius jactura locupletari. [Quia autem dolus duntaxat, in hanc actionem venit, quæſitum eſt, ſi hæres rem apud teſtatorem depoſitam vel commodatam diſtraxit, ignarus, depoſitam vel commodatam, an teneatur. & quia dolo non fecit, non tenebitur de re. An tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? & verius eſt teneri eum: hoc enim ipſo dolo facit, quòd id, quod ad ſe pervenit, non reddit.]. Doctrina hæc comprobata eſt ex generalibus principiis tr. 2. ubi actum eſt de ſecunda radice Reſtitutionis, quam Theologi vocant: *Ex re accepta*: & opponitur alteri radici: *ex injuſta læſione.* Quodſi pretium necdum conſecutus eſſet, aut in venditione læſus eſſet ultra quam leges permittunt, deberet deponenti cedere actiones quas habet contra emptorem; nam ſi nec ipſe vellet agere, nec actiones deponenti præſtare, dolo non careret, ut eleganter dicit Vlpianus *l. 3. ff. h. t.* [Planè ſi poſſit rem redimere, & præſtare, nec velit, non caret culpâ: quemadmodum ſi redemptam, vel aliâ ratione ſuam factam, noluit præſtare, cauſatus, quòd ſemel ignarus vendiderit.]

Conſentaneè ad concluſionem poſitam, & ad regulam Theologorum de radice reſtituendi ex re accepta, infert ICtus Paulus *l. 4. ff. h. t. Sed & ſi non ſit hæres, ſed putavit ſe hæredem, & vendidit* (rem depoſitam) *ſimili modo lucrum ei extorquebitur.* Et quidem hoc lucrum poterit conſequi; vel actione depoſiti, vel petitione hæreditatis ſibi ceſsâ à vero hærede. Explico. Actione depoſiti poteſt conſequi, quia de hac loquitur utique Paulus IC. in adducta lege, contenta ſub Rubrica *Depoſiti vel contra.* nec obſtat, quòd nec ipſe fuerit depoſitarius; nec verus hæres depoſitarii, ſatis eſt, quòd fuerit hæres putativus, & occaſione depoſiti lucrum ſit conſecutus. Hæreditatis petitione poſſet conſequi, quia poſſet petere hanc actionem, quæ vero hæredi competeret, ſibi cedi.

Hactenus de actione directa quæ competit Deponenti, & hæredibus ejus.

Actio Depoſiti contraria, competit depoſitario & hæredibus ejus adversùs deponentem & hæredes illius, ſi ex depoſito aliquod damnum paſſus eſt ex leviſſima etiam culpa deponentis; item ad expenſas quas in re depoſita fecit. Quæ omnia facilè conſtant ex dictis.

CONTROVERSIA VIII.

Vtrum in Depoſito locum habeat Compenſatio.

SUMMARIUM.

INtellectus legis finalis C. de Compenſationibus. 844. *& ſeq.*

Quis fuerit auctor primus huius prærogativæ Depoſiti. 848.

Quidſi duo haberent reciprocè depoſita, an eſſet locus compenſationi. 489.

An in cauſa ſpolii ſit locus compenſationi. eod.

844. SImilem quæſtionem examinavimus capite præcedente de Commodato, Controv. *6.* ubi etiam ponderavimus legem finalem. *C. de Compenſationibus.* in qua expreſsè habetur, quòd in Depoſito non admittatur Compenſatio. Notavimus inſuper, Imperatorem non dicere expreſsè, in omnibus aliis admitti Compenſationem. Videantur ibi dicta.

Hic tamen ulteriùs adverto, eſſe difficultatem circa prima verba illius legis: quæ ſic habent. *Cōpenſationes ex omnibus actionibus fieri ſancimus.* In fine autem legis excipitur *Depoſiti* actio. Difficultas inquam eſt, quo ſenſu dixerit Imperator, ex omnibus aliis actionibus Compenſationem fieri. Nam imprimis, ut nihil dicam de Commodato, in quo non poſſe fieri compenſationem, ſi res adhuc extet, loco citato dixi, aliam inſtantiam affert Arnoldus Rath *c. 5. th. 1.* nempe Actionem *momenti*, hoc eſt, quâ rem nobis vi ablatam repetimus: in qua etiam non admittitur com-

compenſatio, eò quòd ſpoliatus ante omnia ſit reſtitnendus. Et augetur difficultas ex §. 30. *Inſt. de actionib.* quem etiam ſuprà adduxi, ubi expreſsè dicitur: *exceptâ ſolâ depoſiti actione.* Vnde inferri poſſe videtur, quòd Imperator eam in cauſa ſpolii admittat, nam exceptio firmat Regulam in contrarium, ſeu in caſibus non exceptis. Ad hanc difficultatem ſuprà reſpondi, & reſponſionem ibi datam nùnc reperio apud Arnoldum Rath th. 2. ubi dicit, vocem exceptivam *Solam* in illo §. poſitam, non excludere caſus ſimiles parem aut majorem rationem habentes, & præſertim alibi expreſsè comprehenſos. Hanc reſponſionem præfert aliis aliorum reſponſionibus, quarum una eſt, quòd Imperator loquatur de actionibus ſtrictè ſumptis, quo ſenſu Interdicta non dicuntur Actiones. Sed prior reſponſio eſt melior, & eam confirmo ex verbis ſtatim ſequentibus in *lege fin. C. de compenſ.* ubi expreſsè etiam negatur compenſatio in ſpolio. *Poſſeſſionem etiam alienam perperam occupantibus compenſatio non datur.*

845. Reſtat ergo dubium, quomodo ſint intelligenda prima verba legis fin. *C. de Compenſ.* paulò antè relata. Ad quod idem auctor reſpondet ex communi Interpretum, illa verba: *ex omnibus actionibus*: non habere hanc ſignificationem, ut ſemper ſit locus in omnibus: ſed, ut, ſi de genere ipſo actionis ſermo eſt, ſciamus, omnes ità comparatas eſſe, ut ex natura ſua compenſationem admittere poſſint, ac proinde defacto quoque admittant, ſi nihil aliud impedimento fuerit: quod requiſitum non modò in actione *in rem*, verùm & in perſonam æquè deſideratur, cùm nec in hac indiſtinctè compenſatio permiſſa ſit, ſed concurrentibus his conditionibus. 1. ut res ſit utrinque compenſabilis. (v.g. Theologi negant poſſe v.g. famam compenſari pecuniâ, æquè parùm vitam aut membra, uno verbo bona ſuperioris ordinis per bona inferioris, ut dixi tractat. 2.) 2. ut compenſatio objiciatur illi, cui de Iure objici poteſt. 3. Ut reus conventus compenſet, quod ſibi, non quod alteri debetur.

848. Dubitatum eſt 1. Ab Interpretibus, quis fuerit auctor primus hujus prærogativæ *Depoſiti.* Communis eſt opinio, Iuſtinianum fuiſſe. Cuiacius tamen & Hotomannus volunt primum auctorem fuiſſe Imp. Gordianum, cujus reſcriptum extat in *l. 6. C. de Rei vind.* injurioſum eſſe, ut compenſationis cauſâ res depoſita, in alium transferatur. Dicendum eſt, hanc prærogativam à Iuſtiniano fuiſſe auctam in depoſito, quatenus in depoſito eam ne tunc quidem admittit, quando depoſitum perditum eſt, & æſtimatio debetur. quo caſu in Commodato eam locum habere dixi loco citato: & jam hoc ipſum invenio in cit. Auctore th. 3. in fine.

849. Dubitatum eſt 2. Utrum ſaltèm tunc in depoſito reſtituendo locus eſſet compenſationi, ſi uterque ab altero viciſſim haberet depoſitum, & Petrus primus præveniret, ac ſuum depoſitum repeteret, an Paulus poſſet recuſare, dicendo, ſe velle depoſitum compenſare depoſito quod habet apud Petrum. Hoc dubium ſuſtulit Imp. Iuſtinianus in *l. 11. C. h. t.* ubi negativè reſpondet. [Si quis vel pecunias, vel res quaſdam per depoſitionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui depoſuit, reddere illico modis omnibus compellatur, nullámque compenſationem vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, quaſi & ipſe quaſdam contra eum qui depoſuit, actiones perſonales, vel in rem, vel hypothecariam prætendens, cùm non ſub hoc modo depoſitum acceperit, ut non conceſſa ei retentio generetur: & contractus qui bonâ fide oritur, ad perfidiam retrahatur. NB. Sed, & ſi ex utraque parte aliquid fuerit depoſitum, nec in hoc caſu repetitionis præpeditio oriatur; ſed depoſitæ quidem res vel pecuniæ ab utraque parte, quàm celerrimè ſine aliquo obſtaculo reſtituantur, ei videlicet primùm, qui primus hoc voluerit, & poſtea legitimæ actiones integræ quoque reſerventur.]

Dices 1. Melior eſt conditio poſſidentis, quando in reliquis par eſt conditio actoris & rei. *l. 128. ff. de R. I. In pari cauſa poſſeſſor potior haberi debet.* Atqui in caſu noſtro eſt par utriuſque cauſa in reliquis. ergo depoſitarius tanquam poſſeſſor debet eſſe potior: ergo non tenetur reſtituere. ℞. Negando minorem, quòd cætera ſint paria: nam ratione præventionis melior eſt conditio actoris.

Dices 2. Privilegiatus contra pariter privilegiatum non gaudet privilegio. atque in noſtro caſu tam reus quàm actor eſt privilegiatus. ℞. Petrum conventum non habere privilegium in depoſito Pauli, ſed in ſuo depoſito apud Paulum: & contra hoc privilegium Paulus non tendit repetendo ſuum depoſitum. Manet ergo Petro ſalvum ſuum privilegium, ut & ipſe poſſit ad libitum repetere ſuum depoſitum, nunquam autem habuit privilegium retinendi depoſitum Pauli.

Hinc etiam in cauſa ſpolii, v.g. ſi duo reciprocè alterius fundum vi occupaverint, non eſt locus compenſationi. *l. fin. C. de Compenſ.* in fine, ut jam ſuprà retuli: Quare in tali cauſa qui priùs actionem movet ex Interdicto reſtitutorio, priùs eſt reſtituendus. Similiter ſi Petrus haberet depoſitum Pauli, econtra Paulus ſpoliâſſet Petrum, & ſic uterque haberet cauſam in qua non eſt locus compenſationi, ſi Petrus priùs ageret ex interdicto, deberet priùs reſtitui, antequam teneretur reſtituere depoſitum. & econtra ſi Paulus præveniſſet agendo actione depoſiti, priùs eſſet reſtituendum depoſitum, quàm ut reſtitueretur ſpoliatus: & hæc omnia fundantur in Iure præventionis.

CON-

CONTROVERSIA IX

An Depoſitarius poſsit recuſare reſtitutionem Depoſiti, donec ſibi ſolvantur impenſæ in rem depoſitam factæ.

SUMMARIUM.

P*Refertur ſententia negativa.* 850.
Solvuntur argumenta contraria. eod.

850. Prima ſententia affirmat, & fuit apud antiquos gloſſatores magis recepta. quam ex RR. ſequuntur VVurmſerus, & VVidman. Eandem P. Mol. & Lugo ſupponunt, ſed non probant, nec contrariæ mentionem faciunt, niſi quòd in regno Caſtellæ dicat Mol. contrarium eſſe ſtatutum. Sed Iure Bavarico recepta eſt ſententia affirmativa *tit.* 18. *a.* 11.

Negativa ſententia videtur eſſe Iuri communi conformior, & eſt apud RR. magis recepta. Eam tenent Treutlerus, Hunnius, Arnoldus Rath. Probatur autem ſatis efficaciter hoc modo. Si haberet depoſitarius jus retinendi prætextu expenſarum, tunc hanc retentionem defendere deberet *exceptione doli*: ut fatentur omnes. nempe excipere deberet, alterum dolo repetere depoſitum, ſi nolit ſolvere expenſas. Atqui hæc exceptio expreſsè rejicitur à Iuſtiniano in lege *pen. C. Depoſiti.* his verbis. *Nullamque vel deductionem, vel doli exceptionem opponat.* Ergo nullum habet jus, hoc titulo denegandi reſtitutionem.

Objiciunt 1. Ex lege 18. §. *fin. ff. commodati*: ubi hæc univerſalis regula traditur. [Quod autem contrario judicio conſequi quiſque poteſt, etiam recto judicio, quod cum eo agitur, poteſt ſalvum habere jure penſationis.] ſubſumunt. Arqui depoſitarius poteſt expenſas conſequi actione depoſiti contrariâ. Ergo ſi conveniatur actione directâ, poteſt jure penſationis, ſeu deductionis conſequi expenſas. R. Ab hac regula excipi jure poſteriore depoſitum, ut ſatis clarè profitetur ipſe Iuſtinianus Iuribus ſuprà citatis, legatur §. 30. *I. de actionibus.* ubi dicit Imperator, ſe compenſationes latiùs induxiſſe, *exceptà ſolà depoſiti actione.* & *l.* 11. *C. depoſiti.* jam recitata: ubi nec doli exceptionem, nec deductionem admittit.

Objiciunt 2. Deponens conſenſit tacitè in expenſas: ergo poteſt depoſitum retineri donec ſolvantur expenſæ. Inepta conſequentia. Inferendum eſſet: ergo tenetur eas ſolvere. Hoc ſolùm ſequitur ex illo antecedente. Quòd ſi conſenſiſſet, ut depoſitum non reſtitueretur, antequam eſſent ſolutæ expenſæ, tunc eſſet legitima objectionis conſequentia.

CONTROVERSIA X.

An titulo oppignorationis poſsit res depoſita retineri.

SUMMARIUM.

A*N poſſit depoſitum retineri titulo oppignorationis, rationes dubitandi.* 851.
Diſtinguendum eſt, an fuerit res oppignorata antequam deponeretur, vel poſtea. 852.

851. DUBITATUR, an depoſitarius rem depoſitam poſſit hoc prætextu retinere, quòd ſibi ſit oppignorata, & probationes offerat in continenti. Ratio dubitandi ex una parte in favorem depoſitarii eſt hæc, quòd res oppignorata non ſolùm poſſit retineri pro illa ipſa pecunia, pro qua datum eſt pignus, ſed etiam pro alio quocunque debito abſque omni pignore contracto, *l. una. C. Etiam ob chirograph.* ibi. [At ſi in poſſeſſione (*pignoris*) fueris conſtitutus, niſi ea quoque pecunia tibi à debitore reddatur, vel offeratur, quæ ſine pignore debetur, eam reſtituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam ſolam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, niſi pro illa etiam ſatisfecerint, quam mutuam ſimpliciter acceperunt.] Lex creditoribus notatu digniſſima.

Ratio verò dubitandi in contrarium & in favorem deponentis eſt, & videtur eſſe fortior; nam in verbis relatis hujus legis, expreſsè dicitur, quòd poſſit retineri pignus *exceptione doli.* Atqui, ut præcedente controv. oſtenſum eſt, depoſitum eſt contra hanc exceptionem privilegiatum: ergo quod in aliis pignoribus conceditur, in depoſito habente rationem pignoris negatur.

852. DICENDUM eſt, & reſpondendum cum diſtinctione. Vel res depoſita fuit oppignorata antequam deponeretur, vel poſtquam fuit depoſita. Si primum, non poteſt depoſitarius recuſare reſtitutionem, nec uti exceptione pignoratitiâ. Si verò ſecundum, poteſt eâ uti. Probo primum membrum. Superveniente contractu depoſiti obligavit ſe creditor ad cuſtodiendam rem depoſitam in favorem & commodum deponentis: ergo obligavit ſe eo modo quo alii depoſitarii ſunt obligati, hoc eſt, ad reſtituendum depoſitum abſque exceptione, niſi de novo ſupervenerit juſta cauſa retinendi. Ergo receſſit à priori contractu pignoris. Probo ſimiliter ſecundum membrum. Hoc ipſo quòd res priùs depoſita ſit poſtmodum oppignorata, conſenſit deponens, ut retineri poſſit eo modo, quo pignus omne ex natura ſua hoc habet, ut ob jus reale quæſitum retineatur, donec luatur. Atqui ex conſenſu deponentis poſſe retineri depoſitum, eſt juris indubitati. Ergo, &c.

Hæc probatio nihil videtur differre ab aliorum probatione, dum ajunt, quòd ſicut in teſtamentis ſemper ultimum derogat prioribus, & quidem ſine ſpeciali teſtatoris revocatione ex natura ultimæ voluntatis, ità hîc eveniat. Cùm enim hic pignoris effectus ſit, quòd poſſit pro debito retineri, cenſentur contrahentes per oppignorationem rei depoſitæ, & fictionem brevis manus à priori depoſiti contractu, ejuſmodi retentionem alioquin excludente, receſſiſſe: Si quidem illa res in ſpecie, ſecùs ſi tantùm in genere hypothecata fuerit: quoniam hujusmodi hypothecæ non ſolent tradi. Ità Arnol. Rath th. 7.

CONTROVERSIA XI.

Quo loco veniat Deponens in ſubhaſtatione bonorum Depoſitarii, ſi res depoſita non ampliùs exſtet.

SUMMARIUM.

Quo loco habeatur deponens in ordine prioritatis. 853.
An Vxor ratione dotis præferatur deponenti. 854.
Argumenta Hunnii ſolvuntur. 855.
An deponens gaudeat legali hypothecâ, ſi rei depoſitæ æſtimatio debeatur. 856.
Argumenta Beuteri ſolvuntur. eod.
An præferatur deponens creditoribus perſonalem actionem habentibus solùm, an etiam privilegiatis. 857.
Conciliatio legis 7. §. 2. ff. depoſiti cum lege 8. §. 1. ff. de privil. credit. 859.
An habeat Ius Prælationis, qui pro uſuris pecuniam depoſuit. 861.
In quibus prærogativis dos ſuperetur à Depoſito. 862.
Cui reſtituendum depoſitum, bonis deponentis confiſcatis. eod.

853. EST & hæc ſpecialis prærogativa Depoſiti, ut ſi depoſitarius non ſit ſolvendo, vel ejus bona ſubhaſtentur, boniſque cedat, in ordine prioritatis inter creditores ratio ſpecialis deponentis habeatur. Et quidem quando res depoſita adhuc exſtat, eum omnibus præferri ratione dominii, cùm ei competat rei vindicatio, videtur eſſe Iuris expediti, & ſupponitur in Iure Bavarico. *tit.* 2. *a.* 14. & hoc ad minimum ſibi vult textus in *l.* 7. §. 2. *ff. h. t.* poſtea referendus. Nec de eo ullum vidi dubitantem, excepto Hunnio, dotem præferente, contra quem etſi egerim in tract. 2. cap. de dote, nunc tamen iterum agam.

Controverſia itaque eſt, quouſque in ordine prioritatis ſit aliis creditoribus præferendus deponens, tum ſi res depoſita non ampliùs exſtet culpâ depoſitarii, qui proinde ad æſtimationem tenetur, tum ſi res adhuc exſtet. In quo puncto mirè variant Iuris Conſulti.

Prima opinio eſt, in caſu quo depoſitum non ampliùs exſtat, Deponentem eſſe præferendum omnibus omnino creditoribus, quantumvis privilegiatis, & quantumvis expreſſam hypothecam habentibus, adeoque habere in bonis depoſitarii tacitam hypothecam ſupremè privilegiatam. Pro hac opinione citatur ab Arnoldo Rath Beuterus *de Iure Prælat. par.* 2. c. 14. quem Auctorem videre non potui.

Secunda opinio eſt Hunnii in Treutl. *vol.* 2. *d.* 24. *th.* 7. *q.* 48. ubi rejiciens certam omnium ſententiam, quàm paulò antè ſuppoſui, docet, quòd etiamſi depoſitum adhuc exſtet apud depoſitarium, uxor tamen depoſitarii ratione dotis etiam deponenti in re depoſita ſit præferenda. Quam opinionem (ſicut & priorem Beuteri) errorem intolerabilem vocat Arnoldus Rath *c.* 5 *th.* 12. nihilque inſubtiliùs, nil craſſiùs, aut minùs Iuridicè dici poſſe pronuntiat. Et ſanè mirum eſt, tam præclarum Iuriſperitum (ut ab omni cenſura abſtineam, qui me pari errandi periculo in hoc operè ſcribendo expoſui, majori indulgentiâ dignus, quia minori tempore in Iuris ſtudio exercitatus) in hanc tam ſingularem opinionem trahi potuiſſe. quia tamen argumenta illius ſpernenda non videntur, ut ab hac ſententia incipiamus

854. DICENDUM eſt 1. Vxor ratione dotis non præfertur depooenti, cujus depoſitum adhuc exſtat.

Probatur. Quia uxor non habet hypothecam (ſicut nec ullus alius) in bonis mariti, niſi in illis, quæ ſunt mariti: in alienis bonis non habet. Vnde eſt illud certiſſimum effatum, dominium rei ſuæ actu permanens, fortius eſſe omnibus & omnium creditorum Iuribus, & privilegiis, quia Dominus rei propriè loquendo non venit nomine creditorum. Et eſt ſanè textus clariſſimus in l. 38. (in antiquis exempl. 39.) *ff. de peculio.* [Depoſui apud filiumfam. decem, & ago *depoſiti* de peculio. quamvis nihil patri filius debeat, & hæc decem teneat, nihilomagis tamen patrem damnandum exiſtimavit, ſi nullum præterea peculium ſit. Hanc enim pecuniam NB. cùm mea maneat, non eſſe peculii. Denique quolibet alio agente de peculio, minimè dubitandum ait, computari non debere: itaque ad exhibendum agere me, & exhibitam vindicare debere.]

Hoc argumentum, quod cuivis obiter tincto ſtatim occurrit, non potuit ignorare Hunnius. Ergo ad illud reſpondet his verbis. Si argumentum iſtud quidquam concluderet, efficeret quoque, nec commodanti mulierem præferri poſſe in bonis mariti, quia & is retinet dominiū. Concedo ſequelam. At (exclamat Hunnius)

nemo

nemo unquam extitit tam audax, qui aſſerere auſus fuerit, quòd mulier in bonis ſui mariti non præferatur commodanti. Ità eſt. Sed quid opus eſt hîc aliquâ audaciâ? nego ſuppoſitum, nempe quòd res commodata ſit in bonis mariti. In hoc aſſerendo opus audaciâ fuit, quam Hunnius præſtitit: ſed quo fundamento, paulò pòſt videbimus. Nunc audiamus eum ulteriùs reſpondentem ad argumentum.

[Falſum eſt, inquit, quòd mulier privet deponentem ſuo depoſito, cùm privilegio ſuo utendo id ſolum quod ſibi debetur, quodque NB. ſuum eſt, auferre, neminem verò ſuo ſpoliat.namque & ipſa non minùs domina manſit rei dotalis, atque deponens rei depoſitæ] In his verbis vel eſt contradictio manifeſta, vel ſunt duo Domini in ſolidum ejuſdem rei. Dicitur mulier auferre quod ſuum eſt, auferendo rem depoſitam:& paulò pòſt dicitur, deponentem manere Dominum rei depoſitæ. Nunc argumenta Hunnii audiamus.

855. Objicit ergo 1. Extat generalis ſanctio in *l. aſſiduis.* 12. *C. Qui potiores.* Quæ mulieri in bonis mariti indifferenter tribuit contra omnes mariti creditores etiam anteriores prærogativam. Veriſſimum hoc eſt, ſed negatur ſuppoſitum, quòd res depoſita ſit in bonis mariti, & quòd deponens ſit ſtrictè dictus creditor, & in numero eorum, qui cogantur ire ad inſtantiam, quæ inter depoſitarii creditores tractatur cùm de prioritate agendum eſt.

Dicet fortè aliquis: *in §. 2. l. de vi bonorum raptorum*, dicitur Depoſitum eſſe ex bonis depoſitarii. ℞. In ipſo textu diſtingui inter hæc duo: *eſſe in bonis*: & *eſſe ex bonis*. Illud prius negatur, hoc poſterius de depoſito aſſeritur, & ſenſus eſt, quòd ſit ex illis bonis, quorum cuſtodiendorum curam & obligationem habet, ut ibi declaratur, & huc non pertinet, nec Hunnius huc confugit.

Objicit Hunnius 2. Depoſitarius (volebat ſcribere: *deponens*) non habet pro ſuo depoſito tacitam hypothecam, ſed ſolam perſonalem prærogativam. Mulier autem habet tacitam hypothecam pro dote in bonis mariti. ℞. Deponentem non indigere ullâ hypothecâ, ut omnibus aliis præferatur in re ſua. Dominium eſt potentius omni hypothecâ.

856. DICENDUM nunc 2. Contra Beuterum. Si rei depoſitæ æſtimatio debetur deponenti, deponens nullâ gaudet legali ſeu tacitâ hypothecâ, vi cujus aliis creditoribus præferri poſſit. Probatur, quia nulla lex afferri poteſt, quâ talis hypotheca concedatur.

Confirmatur. Si enim haberent deponentes hujuſmodi hypothecam tacitam, tunc qui haberet antiquius depoſitum tempore, eſſet etiam præferendus poſteriori deponenti. Sed hoc eſt falſum: ergo non habent hujuſmodi hypothecam. Minorem probo ex lege 7. §. *fin.* prope finem. *ff. h. t.* [Item quæritur, utrum ordo ſpectetur eorum, qui depoſuerunt, an verò ſimul omnium depoſitariorum ratio habeatur. Et conſtat ſimul admittendos, hoc enim ſcripto principali ſignificatur.] Neminem autem turbet vox: *Depoſitariorum*: cùm in hac lege *deponens* ſemper vocetur: *Depoſitarius.*

Reſpondet ad argumentum Beuterus, ideo inter plures deponentes temporis rationem non haberi, quòd ob unum, idémque privilegiũ omnibus conceſſum ſimul admittantur: quoniã, inquit, ſi plures ſunt privilegiati Creditores ejuſdem tituli, omnes pariter pro rata concurrunt, etſi temporis diverſitas in ijs fuerit. In quem finem adducit textum *in l. 16. ff. de privil. credit.* [Privilegia non ex tempore æſtimantur, ſed ex cauſa, & ſi ejuſdem tituli fuerint, concurrunt, licèt diverſitates temporis in his fuerint.]

Contra hanc reſponſionem urget Arnold. Rath, textum hunc procedere in privilegiis perſonalibus, non in realibus ſive hypothecis, prout conſtat ex illis, quæ dixi tract. 2. agens de ordine prioritatis creditorum. Conſtat hoc pluribus textibus ibidem allatis, & etiam ex l. 12. *C. Qui pot. in pig.* ubi prope finem de duabus dotibus dicitur: *Duabus enim dotibus ab eadem ſubſtantia debitis ex tempore prærogativam manere volumus.*

Objicit Beuterus 1. Deponens habet aliquod privilegium prælationis, ut dicetur Concl. ſeq. & probabitur ex lege 7. *ff. h. t.* atqui hoc *privilegium* (ut ſubjungitur lege 8.) *exercetur non in ea tantùm quantitate, quæ in bonis* Depoſitarii *ex pecunia depoſita reperta eſt, ſed in omnibus fraudatoris facultatibus.* Ergo habet deponens hypothecam vi cujus omnibus eſt præferendus. ℞. Neg. Conſequentiam, ſenſus enim eſt, fraudatorem in omnibus bonis reſiduis excuti poſſe.

Objicit 2. Ex Iuſtiniani conſtitutione deponenti res depoſita abſque omni mora & dilatione eſt reſtituenda, adeo, ut nulla ei exceptio reſtitutionem retardans objici poſſit. Reſpondet egregiè Arnoldus Rath, hoc non eſſe intelligendum de tertio aliquo depoſitarii creditore (quaſi quidquam in illa Conſtitutione (ſuprà relata) de concertatione prioritatis inter ipſum deponentem, & alios depoſitarii creditores interveniente definiatur,) ſed ſolùm de ipſo depoſitario, quòd is contra fidem contractûs, prætextu compenſationis vel hypothecæ rem depoſitam nec retinere, nec ullam exceptionem deponenti opponere poſſit.

Itaque cum communiſſima aliorum ſententia, quos refert & ſequitur Berlichius *p. 1. concl. 47. n. 71.* & Modeſtinus Piſtorius *p. 2. q. 60. n. 6.* & Arn. Rath concludendum eſt, ſi res apud aliquem depoſita non ampliùs extet, non habere deponentem aliquod Ius reale.

857. DICENDUM nunc 3. Deponenti videtur concedi privilegium prælationis reſpe-

reſpectu aliorum creditorum perſonalem actionem habentium. An autem præferatur privilegiatis, non eſt in Iure ſatis clarè deciſum, legibus inter ſe in ſpeciem valde pugnantibus. Nam imprimis *l.* 7. §. 2. *ff. h. t.* dicitur. [Quoties foro cedunt Nummularii, ſolet primo loco ratio haberi depoſitariorum (*deponentium*) hoc eſt eorum, qui depoſitas pecunias habuerunt, & ante privilegia.] Ità Vlpianus.

Verùm, idem Vlpianus, ut Interpretibus negotium faceret, in *l.* 8. §. 1. *ff. de privilegiis creditorum* ſic ſcribit. [In bonis menſularii vendendis NB. poſt Privilegia potiorem eorum cauſam eſſe placuit, qui pecunias apud menſam fidem publicam ſecuti depoſuerunt.] Qui textus videtur priori directè contradictorius, nam ille præfert deponentem Privilegiatis creditoribus, poſterior poſtponit: & ambo textus ſunt einſdem Vlpiani. unde etiamſi fortè, multorum opinione, cæteroquin in Iure Digeſtorum àliqua inter ICtorum reſponſa contrarietas admittenda eſſet, vix tamen quis dicere præſumpſerit, eundem Vlpianum ſibi ipſi contrarium fuiſſe in quæſtione adeo celebri. Videndum ergò, quâ viâ conciliari poſſint.

Et inprimis Conciliatio Accurſii in Gl. quam ſequitur VVidm. n. 68. ſuſtineri non poteſt, dum priorem textum vult loqui de depoſito adhuc exſtante, poſteriorem, quando non ampliùs exſtat. Nam depoſito exſtante, deponens utpote dominus omnibus eſt præferendus jure dominii, nec opus habet àliquo privilegio, & ideo etiam hypothecariis creditoribus, & non tantùm chyrographariis præfertur. Deinde huic interpretationi obſtat lex ſequens. 8. in qua Papinianus relativè ad præcedentem legem, eam explicans expreſſè loquitur de depoſito non ampliùs exiſtente, dum ait. [Quod Privilegium exercetur NB. non in ea tantùm quantitate, quæ in bonis argentarii ex pecunia depoſita reperta eſt, ſed in omnibus fraudatoris facultatibus.]

858. Hac ergo conciliatione relictâ idem Accurſius aliter diſtinguit, & deponentem vult vi prioris textûs præferendum privilegiaria creditoribus perſonalibus, vi poſterioris textûs eſſe poſtponendum hypothecariis. Hæc interpretatio tolerabilior eſt priore, eam tamen ſpecioſè ſatis impugnat Arnoldus Rath *th.* 21. *c.* 5. 1. Quia ab interpretibus & jureconſultis hypothecarii non veniunt nomine Privilegiarorum creditorum; nam hypothecarii non tam ex Privilegio ſive ſingulari conceſſione, quàm ex jure communi, & ratione juris realis præferendi ſunt. Ad quod tamen fortè reſponderi poſſet, hypothecam ſaltem legalem eſſe Privilegium. Secundò & fortiùs impugnat ex eo, quòd hinc ſequeretur, cauſam depoſiti jure Digeſtorum tutelæ & doti præferendam fuiſſe, & hodie etiam præferendam fore funeris impenſis. Nam Iure digeſtorum cauſa dotis & tutelæ de jure veteri habuerunt ſolùm perſonale prælationis privilegium, nullum verò jus tacitæ hypothecæ. Ad hoc argumentum non video quid pro Accurſio reſponderi poſſit, niſi fortè vel concedendo ſequelam, donec oſtendatur aliqua ejus abſurditas, vel dicendo, prælationem deponentis eſſe reſtringendam ad privilegiatos illos, qui non ex ſpeciali favore aliis privilegiatis omnibus præferuntur, quod quidem eſt divinare.

859. Doctiſſimus Arnoldus Rath th. 20. cum formidine ſuggerit aliam conciliationem. Diſtinguit inter Nummularios (de quibus adductæ leges loquuntur, apud quos deponuntur pecuniæ.) Nam vel nummularius cogitur cedere foro ex infortunio, quo facultatibus lapſus eſt, & reſpectu talis depoſitarii negat deponenti prælationem ante privilegiatos; vel cedit foro dolo & machinatione callidâ, & hoc caſu concedit deponenti prælationem, & ſic de uno caſu unam, de altero alteram legem intelligendam eſſe. Rationem poſterioris reſolutionis dat, nam deponentes ſunt favore prælationis ideo digniores aliis, quia alii creditores ſecuti ſunt fidem privatam depoſitarii, deponentes verò ſecuti ſunt potiùs fidem publicam: ergo ne deterreantur homines à deponendis pecuniis (quod Reipublicæ intereſt) apud nummularios, voluit lex concedere prælationem deponentibus fidem publicam ſecutis. Sed quia hæc ratio ſtatim alicui videtur etiam locum habere in caſu quo depoſitarius nummularius ex infortunio cogitur foro cedere, ut huic replicæ obviaret citatus auctor, fatetur quidem, quòd deponens etiam tunc, eo quòd fidem publicam ſecutus ſit, etiam mereatur habere privilegium prælationis, ſed non ante alios privilegiatos, ſed ante alios creditores non privilegiatos: & hoc ideo, quia in tali caſu minùs conqueri poteſt deponens, ſe fidem publicam ſecutum eſſe & deceptum, cùm caſu magis, quàm depoſitarii dolo ei hoc damnum acciderit: ſatis igitur deponenti eſſe debet, quòd ipſius ratio poſt cætera privilegia habeatur. Ne verò hæc divinatoriè dixiſſe videatur, fundat ſuam interpretationem in illis verbis legis 8. quæ eſt Papiniani. *In omnibus fraudatoris facultatibus.* Ergo de ſimili fraudatore locutus etiam eſt Vlpianus in lege 7. præcedente, ubi præfert deponentem aliis privilegiatis, & perſonalibus creditoribus. Hæc eſt mens illius auctoris, quantùm ego aſſequi potui. Nec video quid in hoc puncto poſſit dici ingenioſius.

Quia tamen hic auctor pro ſua conſveta modeſtia, ſuſpicatur fortè ob ſuam novitatem non placituram aliquibus hanc interpretationem, ideo fatetur quòd poſſit ſecunda Accurſii interpretatio ſuſtineri. Et quidem ad ſecundam objectionem planè reſpondet in eundem ferè modum, quo ego paulò antè reſponſionem conceperam. Reſpondet, inquam, neceſſariò con-

concedendum eſſe, depoſitum de Iure Digeſtorum fuiſſe tutelæ & doti prælatum: nec illud vel abſurdum vel iniquum fuiſſe, antequam ſcilicet iis jus tacitæ hypothecæ fuit poſtea accommodatum: Cauſam verò funerariam quod attinet, ea quantumvis nullo jure tacitæ hypothecæ munita, tam depoſitum quàm etiam quaſvis hypothecas & expreſſas & tacitas ſemper vicit, ex ſpeciali favore & ratione, quæ pro religione facit, publicaq; utilitate, ne defunctorum cadavera inſepulta jacerent. quod, ut rationi juris minùs refragaretur, prætor deficiente lege quæ tacitã hypothecam tribueret, juris rigorem æquitate ex jam dictis rationibus hoc prætextu tẽperavit, & cauſam funerariã hoc colore omnibus prætulit, quòd ea quaſi minuat ipſo jure hæreditatem, & defunctus tantò minus in bonis reliquiſſe videatur.

860. Ad priorem verò objectionem contra Accurſium factam, quòd hypotheca non numeretur inter privilegia, reſpondet, poſſe ICtos etiam de privilegiis realibus intelligi, eò quòd inter hypothecarios creditores habeant aliqui prælationis privilegium; & etiam inde confirmari poteſt, quòd in *l. 8. ff. de privil. creditorum.* ſtatuatur, eum qui in refectionem ædificiorum credidit, habere ex edicto D. Marci privilegium exigendi, cùm tamen poſtea ſub ipſo D. Marco jus tacitæ hypothecæ conſecutus ſit.

861. DICENDUM 4. Qui pecunias depoſuit apud alium, ut uſuras acciperet, cenſetur privilegio renuntiàſſe, & ideo venit in ordine cæterorum creditorum nullum privilegium habentium. Ità habetur §. 2. *l. 7. ff. h. t.* iſtis verbis. [quas non fœnore apud numularios, vel cum numulariis, vel per ipſos exercebant. Igitur ſi bona venierint, depoſitariorum ratio habetur, dummodo eorum NB. qui poſtea uſuras acceperunt, ratio non habeatur, quaſi renuntiaverint.] Et ratio videtur eſſe, quòd in effectu tales mutuum potiùs quàm depoſitum celebrare voluerint, & potiùs utilitatem ſuam privatam, quàm publicam fidem ſecuti ſint.

Objiciet aliquis. Ex toto diſcurſu videtur ſequi, quòd non univerſim deponentes gaudeant privilegio prælationis, ſed ſoli illi, qui apud publicos numularios pecunias deponunt. Nam iſti ſoli publicam auctoritatem ſequuntur.

Huic objectioni cedit Arnoldus Rath th. 23. & concedit ſequelam, exiſtimans in theoria eam eſſe neceſſariò ſequendam: quamvis fateatur, ſe nullum ICtum videre potuiſſe, qui non privilegium ad omnes omnino deponentes, qui privatam fidem ſequuntur, extendat, & ideo periculoſum eſſet Iudici, ſi à recepta ſententia recederet, ne litem ſuam faceret, & ex quaſi delicto, ſeu ſyndicatu teneretur. Denique addit, ſententiam communem ſaltem ex uſu & conſuetudine vim accepiſſe. Poſſet itaque reſponderi ad objectionem, diſtinguendo ſequelam; ſequeretur hoc privilegio gaudere ſolos illos, qui apud publicos nummularios deponunt, ſi adhuc publici hujuſmodi nummularii per imperium in uſu frequentiſſimo eſſent, tranſeat; ſecùs, negatur. Itaque publicis nummulariis paſſim deficientibus, & à Republica non conſtitutis, debebat deponentibus in æquivalenti conſuli, quandoquidem boni publici intereſt, inveniri fideles depoſitarios: adeoque in æquivalenti videntur deponentes eatenus adhuc fidem publicam ſequi, quatenus Reſpublica non conſtituit nummularios, & vult univerſim in ſuis civibus fidem publicam repræſentari, & ideo deponentes tali privilegio dignos haberi.

862. DICENDUM 5. Quamvis dos ob legalem hypothecam depoſito quoad æſtimationem debito præferatur in concurſu creditorum, ſuperatur tamen à depoſito in aliis prærogativis, jam ſuperiùs expoſitis. 1. enim depoſitarius, ſi depoſitum confeſſus eſt, non habet exceptionem non numeratæ pecuniæ, ut ſuprà dictum. quam tamen habet, qui dotem confeſſus eſt, & non accepit. 2. Depoſitum eſt deponenti confeſtim reſtituendum, per ſe loquendo, etiam prædoni; econtra ad reſtituendam dotem ſolet marito ſpatium concedi. 3. In depoſitarium nullum dominium ne quidem civile, ſeu juris fictione, nulla etiam poſſeſſio tranſit. in maritum verò (ut tract. 4. probatum eſt.) ſaltem poſſeſſio & dominium civile dotis transfertur.

In omnibus hactenus dictis de reſtitutione depoſiti facienda deponenti, ſemper excipiendus eſt ille, cujus bona confiſcata ſunt. tunc enim depoſitarius non ipſi deponenti, ſed fiſco reſtituere debet. Textus expreſſus in *l. 31. pr. ff. h. t.* ibi. [Reus capitalis judicii depoſuit apud te centum: is deportatus eſt: bona ejus publicata ſunt: utrumne ipſi ea reddenda, an in publicum deferenda ſunt. Si tantùm naturale & gentium jus intueamur, ei qui depoſuit, reſtituenda ſunt. Si civile jus, & legum ordinem, magis in publicum deferenda ſunt. Nam malè meritus publicè, ut aliis exemplo ad deterrenda maleficia ſit, etiam egeſtate laborare debet.]

CONTROVERSIA XII.

An Depoſitarius poſſit pro ſuo libitu, etiam abſque gravi cauſa emergente depoſitum reſtituere.

SUMMARIUM.

AN repugnet ex natura rei, poſſe depoſitum ad libitum depoſitarii reſtitui. 863.
Quidſi nihil in pactum deductum ſit, quouſque præſumetur obligatus depoſitarius. 864.
Solvuntur argumenta contraria. eod.

IUriſconſulti communiter exiſtimant, quòd niſi gravis & juſta cauſa de novo urgeat, non poſſit depoſitarius rem depoſitam invito deponenti reſtituere. Ità Harpprecht n. 48, & reipsâ idem tenet Hunnius, quem proinde malè citat Harpprecht, quaſi cum Treutlero ſentiret, poſſe ad libitum reſtitui.

863. Dico tamen 1. Non repugnat ex natura rei, depoſitum celebrari, ità ut depoſitarius poſſet ad libitum reſtituere depoſitum. Probatur. Quia cum hac reſervata poteſtate ſtat magna depoſiti utilitas. Nam adhuc erit depoſitarius obligatus ad rem cuſtodiendam, quamdiu non erit in manus deponentis repoſita.

864. Dico tamen 2. Si nihil expreſsè in pactum deducatur, cenſebitur & præſumetur depoſitarius ſe obligâſſe ad cuſtodiendum tamdiu, quamdiu vel non repetetur à deponente, vel non emerſerit cauſa improviſa urgens liberationem à cura depoſiti. Conſtabit hæc concluſio ex dicendis. Itaque

Contra 1. Concluſionem objiciunt 1. contra legem depoſitionis facere non poteſt, qui ſemel officium ſuſcepit. quoniam ex poſt facto fiunt neceſſitatis, quæ ab initio erant voluntatis. ad quod probandum adducunt plures leges. ſed illis non eſt opus, quia ultrò totum concedimus, & dicimus, in caſu primæ concluſionis ab initio fuiſſe liberum, ſuſcipere vel ad momentum cuſtodiam: eâ verò ſuſceptâ eſt neceſſarium, hoc eſt, ſub obligatione cuſtodire quamdiu nec revocatur, nec ultrò reſtituitur, nec caſu fortuito perit, nec fiſco reſtituendum eſt, &c. quæ omnia ſubintelliguntur, ſicut adverſarii ſubintelligunt: niſi nova cauſa urgeat reſtitutionem.

Objiciunt 2. Ob eam cauſam deponimus res noſtras, & in iis cuſtodiendis alterius operam imploramus, quòd ipſi eas non poſſumus cuſtodire. ſed ſi depoſitarius invito deponenti eas pro libitu reſtitueret, hunc depoſiti finem transgrederetur, & ſic redundaret in odium deponentis, quod in ejus favorem introductum eſt. ℞. 1. Majorem non eſſe univerſaliter veram, nam aliqui deponunt non ex neceſſitate, ſed ad melius eſſe, quia volunt eſſe ſine cura, quamvis ſi vellent, poſſent curam rerum ſuarum habere. ℞. 2. Sicut ab initio eſt liberum, omnino reſpuere depoſitum, etiamſi alter non poſſit ipſe res cuſtodire (quia recipere depoſitum eſt beneficium ad quod nemo tenetur) ità eſt liberum, non ulteriùs obligari, quàm eo modo quo in Concluſione dictum eſt, id eſt, ut tamen poſſit pro libitu reſtituere. Et ſicut ab initio debuiſſet ſibi aliâ viâ conſulere deponens, v. g. per contractum locationis conductionis, ità & re reſtitutâ. Quod ſi non poteſt, id per accidens eſt, & hic caſus fortuitus poterat ab initio in pactum deduci, ut etiam in tali caſu integrum eſſet reſtituere deponenti ſuum depoſitum.

Objiciunt 3. Si liceret depoſitario pro libitu reſtituere, tunc non eſſet verum, quòd deponens poſſet pro libitu rem ſuam repetere. ℞. Sequelam hanc eſſe prorſus ineptam (ſalvâ auctoritate Harpprechtii:) ſicut enim poſſunt duo contrahere ſocietatem, ſalvo jure, ut unuſquiſque pro libitu poſſit ſocietati renuntiare, quamdiu autem non renuntiat, tenetur ad ea, quæ ſocium concernunt, ità poſſunt duo contrahere depoſitum, ità ut unicuique liceat pro libitu renuntiare, interim tamen cuſtodiendo.

Objicit Hunnius 4. Sequeſter non poteſt pro libitu reſtituere, ſed opus habet auctoritate prætoris. atqui ſequeſter eſt depoſitarius: ergo idem de aliis depoſitariis dicendum. Argumentum ſimile huic. Equus non poteſt volare. Equus eſt animal. ergo idem de alijs animalibus eſt dicendum. Sequeſter obligat ſe ad ſervandum depoſitum uſque ad finem litis, reſtituendum victori. Eſt ergo ſpecialis ratio.

Objicitur 5. *L.* 5. §. 2. *ff. h.* t. ubi dicitur: *niſi juſtiſſimâ cauſâ interveniente.* ℞. Legem expreſsè loqui de ſequeſtre. Concluſio loquitur de alio. Cæterùm, ut in concl. 2. dictum eſt, etiam in communi depoſitario requiretur cauſa juſta reſtituendi depoſitum, ſi reſtitutio eſſet incommoda deponenti, & à principio vel expreſsè, vel tacitè ità conventum eſſet.

CON-

CONTROVERSIA XIII.

Quid juris, ſi creditor denuntiet Depoſitario, ne depoſitum ſuo debitori reſtituat, donec ſibi fuerit ſatisfactum.

SUMMARIUM.

AN poſſit creditor deponentis interdicere depoſitario reſtitutionem. 865.

In quibus hujuſmodi denunciatio ſit prohibita. eod.

An per novellam 88. *ceſſet neceſſitas exhibendi cautionem depoſitario, de qua eſt* lex 11. C. depoſiti. 866.

865. QUÆRITUR, quid agendum depoſitario Petri, qui eſt debitor Pauli, ſi Paulus veniat, & interdicat depoſitario, ne Petro ſuum depoſitum reſtituat, donec ſibi fuerit ſatisfactum. Ratio dubitandi eſt, quia in aliis cauſis eſt licita bujusmodi denuntiatio, cur non etiam in Depoſito? Nihilominus

DICENDUM eſt, bujusmodi denuntiationem in tribus cauſis eſſe prohibitam, nempe Depoſito, Penſionibus, & Panibus Civilibus, quæ per modum alimentorum debentur. Ità habet *authentica unica. C. h. t.* ubi infligitur talibus pœna, ut periculum depoſiti ad eos pertineat, & uſuras ſolvere debeant deponenti. [Sed jam cautum eſt, ne quis extrinſecus depoſitario interdicat depoſiti reſtitutionem, quâ ſubſecutâ depoſitot poſſidens pulſari poterit ab eo, qui interdixit. Si contrà factum fuerit: damnum quodcunque acciderit ei, qui vim paſſus eſt, præſtabitur ab eo, qui interdixit. Nec non & tertia centeſimæ uſurarum nomine ex quo facta eſt hujusmodi conteſtatio. Quibus pœnis ſubjacet, qui vel inquilino dationem penſionum, vel publicæ perſonæ panis interdicit adminiſtrationem.]

Porrò in lege 11. *C. h. t.* ſtatuitur, quòd factâ hujusmodi denuntiatione, adhuc deponens poſſit conſequi depoſitum, præſtitâ tamen depoſitario cautione, quòd eum contra denuntiatorem defendere velit. Textus ità habet. [Quodſi in ſcriptis atteſtatio non per dolum vel fraudem fuerit ei, ſqui depoſitũ ſuſcepit, ab alio tranſmiſſa, ut minimè depoſitum reſtituat, hocque per Iusjurandum affirmaverit, liceat ei qui depoſuit, ſub defenſionis cautela idonea præſtita, res depoſitas, quàm ocyſſimè recuperare.]

866. Hinc naſcitur dubium, an adhuc poſt relatam authenticam, quæ deſumpta eſt ex Nov. 88. opus ſit exhibere illam cautionem. Negant multi, arbitrantes, hoc Ius eſſe correctum per dictam Novellam. Sed Antonius Perez affirmat, exiſtimans, ſolam pœnam infligi denuntiatori, per quem fit, ut depoſitarius rem depoſitam retineat, vel cautionem extorqueat. De reliquo putat, quòd factâ denuntiatione Ius ſit depoſitario retinendi depoſitum, donec cautio exhibeatur. Ego tamen cenſeo, omnino abrogatam eſſe illam legem, & quòd talis denuntiatio nullam vim habeat; cùm enim talis denuntiatio expreſsè prohibeatur, & puniatur; & noti Iuris ſit, ex lege *Non dubium* famoſiſſima. *C. de legib.* quòd actus in Iure prohibiti ſint ipſo Iure nulli, niſi aliunde contrarium conſtet, utique dicendum eſt, talem denuntiationem nullum Ius tribuere depoſitario, retinendi depoſitum usque ad obtentam cautionem. Pro totius rei meliore intelligentia, ipſa Novella eſt audienda, & cùm ea tota hæc materia de depoſito concludenda. [Si quis (inquit Imp. Iuſt.) ab aliquo capiat aurum, aut res aliquas depoſiti causâ in quibusdam conditionibus, deinde illi agant, neceſſitatem habeat, omne reſtituere aurum, aut res, conditionibus ſemel impletis: & nulla omnino licentia ſit aliquibus extrinſecùs interdictionibus uti & retinere depoſiti reſtitutionem: cùm & alia multa privilegia tam præcedentibus legislatoribus, quàm à nobis ipſis data ſunt. Licentia enim eſt prohibenti redditionem, eum quidem cui creditum eſt depoſitum, non moleſtare; eum verò de rebus quæ in quæſtione ſunt, qui aurum aut res aliquas accepturus eſt, litem ſortiri, & juſtitiam & legem promereri. Sed ne per hanc cauſam damnis magnis ſubjiciat eum, qui interdictionem ſuſcepit, & compellatur aut defenſiones expetere, aut res habere, & non poſſit voluntariè cum deponente benignè agere: quodſi tale aliquid egerit (omnino enim oportet non ſolâ delictorum nos contentos eſſe prohibitione, ſed etiam timorem inferre juſtum transgreſſoribus) ſive perditionem contigerit rerum, aut pecuniarum fieri, & hoc probetur, ſive alium quemcunque caſum fortuitum, ipſum reſpicere, qui conteſtationem dixerit. Inſuper etiam, ex quo facta eſt hujusmodi conteſtatio, uſuras pecuniarũ, usque ad tertiam centeſimæ agnoſcere probibentem accipere propria: non ſolùm ſi aurum fuerit quod depoſitum eſt, reſtitui verò prohibitum, ſed & ſi aliæ res ſint: ut hoc timore ſtultorum ſimul & perverſorum malignè verſandi in depoſitionibus homines ceſſent.] Hactenus Novellæ cap. 1. nam cap. 2. eſt de Penſionibus. Et hæc de Contractu Depoſiti.

CAPUT

CAPUT IX.

DE PIGNORIBUS, ET HYPOTHECIS.

DE Pignoribus & Hypothecis eſt totus liber 20. Digeſtorum, ſex titulis conſtans; & *lib.* 13. *tit.* 7. *de pig. act.* & longè pluribus titulis agitur in Codice *lib.* 8. *à tit.* 14. incluſivè, uſque ad *tit.* 35. etiam incluſivè. Iure Can. *lib.* 3. *tit.* 21. *Inſt.* §. 4. *Quib. mod. re.*

CONTROVERSIA I.

De Natura, & Differentia Pignoris, & Hypothecæ.

SUMMARIUM.

VAria acceptiones Pignoris & Hypothecæ. 867.
Definitio Pignoris ſumpti pro objecto, & præſcindentis à pignore ſtricto & hypotheca. eod.
An ſtatutum imponens onus Pignori, *ſit extendendum ad Hypothecam.* 868.
Pignus ſtrictè ſumptum traditione, Hypotheca, ſolo conſenſu perficitur. 869.
An differant etiam, per hoc, quòd pignus ſit in re mobili, hypotheca in immobili. eod.
Reſolutio caſus in lege 1. ff. de pignor. act. eod.
An ad conſtituendam hypothecam requiratur certa verborum formula. eod.
An præter faciliorem probationem alia ſubſit utilitas, ſi fiat in ſcriptura. 870.
De Iure Bavarico ſemper requiritur Scriptura ad ſubſtantiam. 871.
Quomodo differat Pignus à Mutuo, Commodato, Depoſito. eod.

867. PIgnus, vel Hypotheca diverſimodè ſumitur in Iure. Primò quidem ad modum vulgi, pro re illa, quæ eſt objectum ſeu materia hujus Contractûs, & de qua materia infrà in genere & ſpecie tractabitur, quænam res poſſint oppignorari. Conſtabit hæc acceptio ex Iuribus in progreſſu adducendis.

Secundò, accipitur pro effectu ipſius Contractûs, hoc eſt, pro Iure quod creditori quæſitum eſt, & hoc ſenſu eſt titulus Digeſtorum. *Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvatur.*

Tertiò, ſumitur pro Inſtrumento pignoris. *l.* 22. *ff. de pign. act.* Quartò, ſumitur pro ipſo Contractu fundante actiones pignoratitias. Vbi notandum eſt, quòd iſte Contractus à Iure numeretur inter Contractus qui re perficiuntur. Verùm, hoc ſenſu acceptio non eſt ſatis univerſalis, prout ſub hoc titulo tractatur: nam Hypotheca ſolo conſenſu contrahitur; (ut dicetur) quamvis etiam ſæpius vocetur Pignus. ſic accipitur in lege 1. *ff. de pignor. act.* dum dicitur. *Pignus contrahitur non ſolà traditione, ſed etiam nudà conventione, etſi traditum non eſt.*

Ex quibus conſtat, priuſquam ad differentiam ſpecificam accedamus, aſſignandum eſſe conceptum generalem, quo Pignus ſpecificè ſumptum, & traditione perficiendum, conveniat cum Hypotheca, ità ut ſub tali conceptu ab omnibus aliis contractibus differat.

PIGNUS igitur pro objecto ſumptum, ut præſcindens in ſenſu jam explicato, rectè definitur à P. Molina *d.* 528. *n.* 2. *Eſt res ſubjecta, obligatave pro debito, ut, inde niſi impleatur, ſatisfiat.* Ex qua definitione conſtat, obligationem, à qua denominatur pignus, ſeu res oppignorata, eſſe obligationem acceſſoriam alteri obligationi præpoſitæ, & ex alio titulo natæ, quia ſupponit debitum. Vnde ipſe Contractus ab eodem ſic definitur. *Eſt contractus, quo aliquid creditori in debiti ſolutionem obligatur, ut inde ſatisfiat, ſi aliter non ſit ſatisfactum.* Sed ſciendum, quòd vox *Contractus* ſumi debeat latè, pro pacto pariente actionem ſive civilem, ſive prætoriam, nam Inter-

Digitized by Google

terpretes notant, (ut videre eſt apud Harpprecht, & Hunnium) quòd Hypotheca non ſit propriè Contractus, ſed Pactum legitimum, de quo volunt intelligi *l. 17. §. 2. ff. de Pactis*, cùm dicitur: *De Pignore Iure honorario naſcitur pacto actio.* Vocatur tamen meritò etiam communiter Contractus, quia in effectu idem operatur, & eandem actionem parit, quam pignus preſsè ſumptum. Quare non eſt in hoc aliud Myſterium quærendum.

De hoc generali conceptu Pignoris intelligendum eſt, quod dicitur in lege 5. §. 1. *ff. de pig. & hypoth.* Pignus ab hypotheca tantùm nominis ſono differre. nempe, ut Interpretes notant, ſi conſiderentur in ordine ad actionem hypothecariam, ut conſtabit ex dicendis.

868. Hinc verò naſcitur dubium, an, ſi Statutum aliquod exſtet, imponens v. g. aliquod onus *Pignori*, ſub hac voce ſit etiam intelligendum, quòd comprehendat Hypothecam ſpecificè ſumptam, & paulò pòſt definiendam. Affirmat Neguſantius & VVeſenbecius, quos ſecutus eſt Simon de Labricque, in hac Vniverſitate Ingolſtadiana Profeſſor celebris *ib. 5.* & Harpprecht *n. 6.*

Contrarium verius eſt, ut poſt Bartolum tenet P. Molina & Hunnius *q. 4.* Ratio eſt, quia quando Statuta à Iure communi recedunt, accipienda ſunt in ſtricta ſignificatione, ut ſæpè dictum eſt: atqui in ſignificatione ſtricta, nomine *Pignoris* non venit hypotheca ſpecificè ſumpta, ut habetur expreſsè *l. 9. §. 1. ff. de pignor. act. Propriè pignus dicimus, quod ad creditorem tranſit: hypothecam autem, cùm non tranſit, nec poſſeſſio ad creditorem.*

Objiciunt 1. Pignus & Hypotheca ſolis nominibus differunt: ſed voces non ſunt curandæ. ℞. 1. Imò, ut in principio ſtatim primi tomi adverti, ſæpè in Iure maximi faciendæ ſunt quæſtiones de nomine, quia ſæpè ex vocabulis eorúmque acceptione pendet, quid in Iure tali nomine veniat, & in materia Feudorum oſtenſum eſt, alibique variis inſtantiis & exemplis. Neque ſunt purè quæſtiones de nomine, quaſi ex arbitrio loquentium, ſed de nomine, prout, & in quo ſenſu uſurpatum eſt à legislatore, de cujus mente ex voce judicandum eſt. Deinde, falſum eſt, quòd Pignus & Hypotheca per omnia, ſolis vocibus exceptis, conveniant, nam ratione ſolius actionis hypothecariæ, dicuntur ſolo nomine differre. Quare ſi ſtatutum loqueretur de actione hypothecaria, tunc equidem tam pignus, quàm hypotheca ſpecificè ſumpta comprehenſa cenſeretur: ſicut etiam, ſi ex ſpeciali alicujus Provinciæ idiomate, aut recepto loquendi modo utrique eadem vox eâdem proprietate adhiberetur. Et hinc fateor, quòd ſententia Neguſantii in praxi magis & communiùs obtineret. His præmiſſis facile nunc eſt, Pignus propriè, & ſpecificè ſumptum ab Hypotheca etiam propriè & ſpecificè ſumpta diſtinguere.

869. Pignus itaque propriè ſumptum, non fit ſolo conſenſu & conventione, ſed rei traditione, & definitur: Contractus nominatus bonæ fidei, re initus, quo res alterius traditur creditori, (vel alteri ejus nomine) ob crediti reſtituendi fidem ſeu ſecuritatem, eo perſoluto in ſpecie reſtituenda.

Hypotheca autem conſtituitur ſolâ conventione, absque traditione. Ità habetur §. 7. *Inſt. de actionib.* ibi. [Inter Pignus & hypothecam (quantùm ad actionem hypothecariam attinet) nihil intereſt: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut ſit pro debito obligata, utrâque hâc actione continetur, ſed in aliis differentia eſt. Nam pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, maximè ſi mobilis ſit. at eam quæ ſine traditione, nudâ conventione tenetur, propriè Hypothecæ appellatione contineri dicimus.]

Quod ergo multis perſuaſum eſt, quaſi differentia conſiſtat in eo, quòd Pignus conſiſtat in re mobili, aut ſe movente, hypotheca verò in re immobili, non eſt verum: nam licèt regulariter pignus conſtituatur in re mobili, hoc ideo eſt, quia res mobiles faciliùs, & communiùs ſubjacent traditioni, quàm res immobiles. Cæterùm, & res immobilis, ſi tradatur (eo modo quo tradi ſolent) erit materia pignoris propriè dicti, & econtra, ſi res mobilis ſolâ conventione obligetur, erit materia hypothecæ, & creditor abſque omni traditione acquiret Ius reale in tali re, quod eſt ſpeciale in hoc negotio, & provenit ex Iure Prætorio.

Ex hac differentia reſolvitur in *l. 1. ff. de pignoratitia actione.* ſequens caſus. [Si igitur contractum ſit pignus nudâ conventione, videamus, an ſi quis aurum oſtenderit, quaſi pignori daturus, & æs (*id eſt auri calcum*) dederit, obligaverit aurum pignori. Et conſequens eſt, ut aurum obligetur, non autem æs: quia in hoc non conſenſerint. Si quis tamen, cùm æs pignori daret, adfirmavit hoc aurum eſſe, & ità pignori dedit, videndum erit, an æs pignori obligavit. & nunquid quia in corpus conſenſum eſt, pignori eſſe videatur, quod magis eſt.] Eadem differentia aſſignatur in lege 9. §. 1. *ff. eod.* [Propriè pignus dicimus, quod ad creditorem tranſit, hypothecam autem, cùm non tranſit, nec poſſeſſio ad creditorem.] Quod de poſſeſſione dicitur, explicatum eſt *tom. 1. tract. 3.*

Neque etiam ad conſtituendam hypothecam requiritur certa verborum formula, neque ſcriptura. *l. 4. ff. de Pignorib.* [Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cùm quis paciſcitur, ut res ejus propter aliquam obligationem ſint hypothecæ nomine obligatæ. Nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, ſicut eſt & in his obliga-

ligationibus quæ conſenſu contrahuntur, & ideo & ſine ſcriptura, ſi convenit, ut hypotheca ſit, & probari poterit, res obligata erit, de qua convenitur.]

870. Quæret tamen aliquis, an præter probandi facilitatem adhuc alia ſubſit utilitas, ſi hypotheca ſcripto munita ſit. ℞. Affirmativè. Nam in concurſu creditorum ille qui habet hypothecam munitam publico inſtrumento, præfertur illi, qui non habet publico inſtrumento, aut huic æquivalente, munitam, etiamſi habeat aliquod privatum ſcriptum, & etiamſi tempore priorem ſe eſſe dicat, niſi hanc prioritatem poſſit aliis modis probare, & fraudis præſumptionem elidere. Textus in *l. 11. fin. C. qui potiores in pig.* [Sin autem Ius pignoris, vel hypothecæ ex hujusmodi inſtrumentis vendicare quis ſibi contenderit, eum decernimus, qui inſtrumentis publicè confectis nititur præponi, etiamſi poſterior is contineatur: niſi fortè probatæ atque integræ opinionis trium, vel ampliùs virorum ſubſcriptiones eisdem idiochiris contineantur, tunc enim, quaſi publicè confecta accipiuntur.] Hæc de Iure communi.

871. De Iure Bavarico tit. 15. a. 9. ſemper requiritur in hypotheca conſtituenda ſcriptura fide digna, absque qua hypotheca eſſet nulla. *tit. 16. a. 6.* adeoque creditor inter Chyrographarios tantùm numerabitur, carens privilegio Prælationis, alioquin hypothecæ conceſſæ. Videtur autem Conſtitutio Bavarica non de omni hypotheca, ſed ſolùm rerum immobilium loqui. Si perſonæ hypothecam conſtituentes ſint privilegiatæ, ut ſunt Nobiles, Doctores, Licentiati, Conſiliarii, Officiales magìs præcipui, & Patritii ex aliqua metropoli; poſſunt ipſæmet ſcripturas conficere proprio ſigillo munitas. Aliis perſonis ad valorem actûs incumbit, ut ſcripturas curent fieri coram Magiſtratu, & inſeri Protocollo. *G. P. tit. 2. art. 20.*

Ex dictis facilè conſtat, manétque declarata differentia Pignoris & Hypothecæ à Contractu Mutui, Commodati, Depoſiti. Nam etſi à Mutuo etiam differat, quòd non transferat dominium, generalis tamen differentia eſt, quòd conſtituatur *in Securitatem debiti*: cùm enim acquirat Ius in re tantundem valente, quantum valet debitum, ſive quoad totum, ſive quoad partem, jam cenſetur æquivalenter habere ſuum debitum, quatenus certior eſt de jactura declinanda, atque eſſet, ſi pignus aut hypothecam non haberet; tunc enim in concurſu aliorum creditorum habentium Ius ſolùm perſonale, non haberet Prælationem, niſi eſſet privilegiatus.

CONTROVERSIA II.

Quotuplex ſit Pignus, aut Hypotheca.

SUMMARIUM.

Prima diviſio hypothecæ in tacitam & expreſſam. 872.

Pignus dividitur in Conventionale, Prætorium, & Iudiciale. 873.

Hypothecæ ſubdiviſio in generalem & ſpecialem. 874.

Ad quænam non extendatur hypotheca generalis. eod.

Ad quæ hypotheca ſpecialis. eod.

Hypotheca tacita plerumque eſt generalis, quandoque tamen ſpecialis. eod.

An ſub hypotheca rerum ſpecificarum veniant etiam futuræ. 875.

Intellectus legis 7. ff. de auro & argento legatis. eod.

An ſub generali hypotheca veniant etiam merces venales mercatorum. 876.

Intellectus legis 73. §. 4. ff. de uſu & uſufr. legatis. eod.

Intellectus legis 32. §. 4. ff. de auro & arg. leg. eod.

An nomine bonorum debitoris etiam merces veniant. eod.

An omnium bonorum nomine veniant etiam actiones & debita. 877.

An cenſeantur oppignorati fructus nati ex re poſtea vendita. 878.

An fructus producti tempore quo dominium eſt penes debitorem. eod.

An ſit oppignoratum prædium emptum ex fructibus venditis. 879.

An fructus percepti & nati apud eum qui dominus rei factus eſt. 880.

An fructus ab hærede debitoris percepti. 881.

An fructus ſati & percepti à colono ex fundo hypothecato. 882.

872. DIviſiones Pignoris & Hypothecæ non eodem modo ab omnibus exponuntur, ſed ab aliquibus mirè confunduntur, aliqui enim dividunt pignus conventionale in tacitum & expreſſum, & tacitum vocant, quod alii rectiùs vocant legale ſeu legitimum. Vt ergo confuſionem evitemus,

Prima diviſio ſit hypothecæ ſpecificè & preſsè ſumptæ in tacitam & expreſſam. Tacita illa dicitur, quæ rebus imponitur à lege in favorem certorum debitorum, & quidem ſubſiſtit abſque omni conſenſu domini ſeu debitoris, imò eo quantumvis invito. Hujuſmodi eſt, quam habet locator in rebus illatis ab inquilino in prædium urbanum: quam hypothecam aliqui vocant

conven-

conventionalem tacitam. verùm, ſtrictè loquendo nulla datur conventionalis tacita, ut benè dixit P. Molina, ſed tacita hypotheca (prout in hac diviſione ſumitur) ſemper eſt à lege introducta, etiam invitis debitoribus: quòd autem cenſeantur tacitè conſentire, hoc aliud non eſt, quàm quòd conſentiant in legem, & hoc ſenſu omnis hypotheca eſſet conventionalis. De hac hypotheca pluribus actum eſt in contractu Locationis & Conductionis. Aliud exemplum tacitæ hypothecæ à lege introductæ eſt, quam habet Pupillus in bonis tutoris & curatoris pro mala adminiſtratione: de qua etiam actum eſt tract. 4. Aliud exemplum hypothecæ tacitæ quam habet uxor in bonis mariti pro dote. de qua eod. tract. actum eſt: & de aliis alibi, ſed ex profeſſo agetur infrà Contr. 12.

Hypotheca expreſſa eſt, quæ fit actuali & deliberatâ conventione & conſenſu partium: prout ſatis præcedente controverſiâ declaratum eſt: quod intelligendum eſt: ratione rei principaliter obligatæ: quamvis (ut infrà dicemus) fructus rei poſſint dici ex conventione tacitè obligati, ob legem 3. *C. in quibus cauſis pig. &c.* infrà referendam.

873. Pignus preſsè ſumptum, hoc eſt. prout opponitur hypothecæ, non tamen ità preſsè ſumptum prout ſuprà definitum eſt, dividitur in tria membra: Conventionale, Prætorium, & Iudiciale. *Conventionale* eſt, quod ſolâ partium conventione fit. *Prætorium* eſt, quod judicis edicto ante ſententiam definitivam in pœnam contumaciæ conſtituitur per miſſionem in poſſeſſionem debitoris contumacis, quâ immiſſione non acquirit poſſeſſionem, ſed meram detentionem rerum tanquam pignoris prætorii. *Iudiciale* illud dicitur, quod conſtituitur Prætoris decreto per immiſſionem in bona debitoris jam per ſententiam condemnati, adeoque in executionem ſententiæ jam latæ, ut ex illis bonis ſatisfiat creditori immiſſo, & per talem immiſſionem acquirit creditor poſſeſſionem ſimilem illi, quam acquirit ex pignore conventionali per traditionem. *l. 26. ff. de pign. act.* § 1. [Sciendum eſt, ubi juſſu magiſtratûs pignus conſtituitur, non aliàs conſtitui, niſi ventum fuerit in poſſeſſionem.] Ad hujus pignoris conſtitutionem regulariter requiritur actualis apprehenſio, quando tamen hujus apprehenſionis aliquod impedimentum poſitum eſſet, ſufficeret deſignatio, ſed hoc aliò ſpectat.

874. Hypotheca ſubdividitur in generalem & ſpecialem. Generalis eſt, quâ quis omnia ſua bona alteri obligat: quâ generalitate cenſentur comprehendi bona non ſolùm jam habita, ſed etiam tempore ſubſequente acquirenda, quamdiu debitum non extinguitur, etiamſi futurorum expreſſam mentionem non fecerit. *l. fin. in fine C. Quæ res pignori obl. poſſint.* ibi. [Super qua generali hypotheca illud quoque ad conſervandam contrahentium voluntatem ſancimus, ut ſi res ſuas ſuppoſuere debitor dixerit, non adjecto: *tam præſentes quàm futuras*: Ius tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras res producatur.]

Hæc tamen generalis hypotheca non extenditur imprimis ad ea, quæ hæres poſtmodum per ſe acquiret. *l. 29. pr. ff. de pignorib.* [Paulus reſpondit, generalem quidem conventionem ſufficere ad obligationem pignorum; ſed ea quæ ex bonis defuncti non fuerunt, ſed poſtea ab hærede ejus ex alia cauſa acquiſita ſunt, vindicari non poſſe à creditore teſtatoris.] Deinde non extenditur ad ea, quæ quis, ſi expreſsè de illis mentio facta eſſet, veriſimiliter non fuiſſet oppignoraturus, vel ob eorum neceſſitatem, vel ob extraordinariam affectionem, *l. 6. & duab. ſeqq. eod. tit.* ubi exempla referuntur. [Obligatione generali rerum, *quas quis habuit, habiturúſve ſit*, ea non continebuntur, quæ veri ſimile eſt, quemquam ſpecialiter obligaturum non fuiſſe, ut puta, ſuppellex; item veſtis relinquenda eſt debitori, & ex mancipiis, quæ in eo uſu habebit, ut certum ſit, eum pignori daturum non fuiſſe, proinde de miniſteriis ejus perquam neceſſariis, vel quæ ad affectionem ejus pertineant, vel quæ in uſum quotidianum habentur. Denique concubinam, filios naturales, alumnos, conſtitit, generali obligatione non contineri, & ſi quæ alia ſunt hujuſmodi miniſteria.] Et lege 7. & 8. *C. Quæ res pig.* executores coërcentur ab hujuſmodi non abſtrahendis. [Executores à quocunq; Iudice dati ad exigẽda debita ea, quæ civiliter poſcuntur, ſervos, aratores, aut boves aratorios, aut inſtrumentum aratorium pignoris cauſâ de poſſeſſionibus non abſtrahant.] & *l. 8.* [Pignorum gratiâ, aliquid quod ad culturam agri pertinet, auferri non convenit.] Excipiuntur denique & illa bona, quæ debitor non poteſt alienare, ut docet Bart. & alii. Nam hujuſmodi hypotheca eſt quædam ſpecies alienationis, quatenus tribuit jus in re. Neque Hunnius diſſentiens rectè ſupponit, alienationis prohibitionem, utpote odioſam, eſſe ſtrictè accipiendam, ſic autem oppignoratio non eſt alienatio. Falſum eſt antecedens, quandoquidem ſolet fieri in favorem eorum, quorum intereſt non alienari. Et hæc de hypotheca generali.

Hypotheca ſpecialis eſt, quando non omnia bona, ſed quædam determinata, & ſpecificata obligantur, vel omnia bona unius certi generis. Quâ ſpecialitate comprehenduntur etiam illa, quæ rei deſignatæ per conſequentiam accedunt, v. g. ſi fundo hypothecato per alluvionem acceſſio fiat. *l. 16. ff. de pig. & hyp.* [Si fundus hypothecæ datus ſit, deinde alluvione major factus eſt, totus obligabitur.] Idem eſt ſi rei quoad proprietatem obligatæ uſusfructus conſolidatus fuerit. *l. 18. §. 1. ff. de pignor. act.* [Si nuda proprietas pignori data ſit, uſusfructus, qui poſtea accreve-

creverit, pignori erit.] Item partus ancillarum, fœtus pecorum, & fructus prædiorum obligatorum, dummodo fructus hi non apud alium dominum enati fuerint. *l. 29. §. 1. ff. eod.* [Si mancipia in cauſam pignoris ceciderint, ea quoque quæ ex his nata ſunt, eodem jure habenda ſunt. Quod tandem diximus, etiam agnata teneri, ſive ſpecialiter de his convenerit, ſive non, ità procedit, ſi dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel hæredem ejus. Cæterùm, ſi apud alium dominum pepererint, non erunt obligata.] De fructibus tamen paulò accuratiùs dicetur à dub. 5. Denique ædificium areæ hypothecatæ inædificatum, etiam tenetur. *l. 16. §. 2. ff. eod.* ibi. [Item ſi de loco convenit, & domus facta ſit: item de loco dato, deinde vineis in eo poſitis.]

Pari modo Hypotheca tacita alia, & quidem plerumque eſt generalis, aliquando tamen etiam ſpecialis, ut domus ratione pecuniæ ad ejus refectionem creditæ: an etiam hoc procedat in navi & aliis rebus, ut habet communis ſententia? negant aliqui, quos refert & ſequitur Harppreeht. à n. 116. de quo infrà.

875. Dubitari poteſt 1. circa hypothecam ſpecialem, an ſi quis oppignoraret res aliquas ſuas ſpecificas, v. g. ſi diceret: *obligo tibi omnes ædes meas*: cenſeantur non ſolùm præſentes, ſed etiam futuræ obligatæ. Non invenio hactenus hoc dubium expreſsè ſolutum, ſed adverto, communiter ſupponi affirmativam, ex hoc fundamento. Quia, ſi ſemel conceditur, quòd vox *mea*, poſſit extendi ad ea, quæ necdum quidem ſunt mea, ſed tamen futura, ut omnes agnoſcunt in hypotheca generali, non eſt ulla ratio, cur non etiam in re ſic ſpecificata, ſed augibili, poſſit & debeat extendi, ex præſumpta obligantis voluntate, & quia eadem eſt ratio, nempe major ſecuritas.

Objici tamen poteſt *lex 7. ff. de auro & argento legatis*, ubi dicitur, non eſſe comprehenſum tempus futurum, ſed ſolùm præſens, quando quis legat, dicendo: *veſtem meam, argentum meum.* Varias reſponſiones minùs idoneas, & textibus violentas refert & rejicit Hunnius, ac tandem amplectitur reſponſionem Donelli, quam & ego ſecutus ſum in materia Legatorum, eſſe diſparitatem inter pignus & legatum; nam pignus traditur ad ſecuritatem majorem debiti: atqui hæc ſecuritas creſcit, ſi fiat extenſio ad futura: econtra legata menſurantur ſecundùm merita legatarii, quæ ſicut jam ſunt exiſtentia, & æſtimata, teſtator etiam legatum determinatum aſſignâſſe cenſetur, quod tamen non eſſet, ſi ad futura extenderetur.

876. DUBITATUR 2. An ſub generali hypotheca veniant etiam merces venales mercatorum. Hunnius, cùm q. 14. pro affirmativa citâſſet inter alios Treutlerum (& rectè, nam ità habet th. 2. litt. D.) poſt paucas lineas dicit Treutlerum tenere negativam, quam & Hunnius ſequitur, & falsò dicit, hanc negativam communi calculo eſſe approbatam. Affirmativam tenent Covarru. *l. 2. var. reſol. c. 5. n. 3.* Pinellus, Menochius, ab eodem relati. Et hanc ſententiam in Univerſitate noſtra defendit anno 1611. Ioannes Stuberus th. 19. citans Neguſantium. quos etiam ſequitur P. Molina, qui advertit, quòd quando pro illis pretium ſolvitur, deſinant eſſe hypothecatæ, & illarum loco ſuccedit pretium, quæ doctrina mihi etiam veriſſima videtur. Si enim merces non ſunt de ſubſtantia mercatorum, & non veniunt nomine omnium bonorum, quid tandem erit de ſubſtantia mercatorum?

Objicit Hunnius 1. *legem 73. §. 4. ff. de Uſu & Uſufr. legato.* ex quo vult eruere, nomine ſuorum bonorum non venire merces. ℞. Ibi ſermonẽ eſſe de legato rerum ſuarum, in quo præſumitur teſtator noluiſſe nomine ſuorum comprehendere merces illas quas ideo emit, ut ſtatim iterum diſtraheret: non enim utique habuit ſimul voluntates contrarias, legandi & diſtrahendi: eſt ergo in legato alia ratio quàm in pignore ſeu hypotheca omnium bonorum. nam in hac ideo merces benè intelliguntur obligatæ, quia licèt eas vendat, pretium ſuccedit, quod in legatis non ità præſumitur, niſi exprimatur. Textus ità habet. [Eum qui venaliciatiam vitam exercebat, puto *ſuorum* nomine non facilè contineri velle ejuſmodi mancipia, niſi evidens voluntas ſuit etiã de his ſentientis: nam quos quis ideo comparavit, ut illico diſtraheret, mercis magis loco, quàm ſuorum habuiſſe credendus eſt.]

Objicit 2. *Legem 32. §. 4. ff. de auro & argento legatis.* ubi teſtator non cenſetur legâſſe nomine omnis ſui argenti etiam illud, quod negotiandi causâ venale eſſe ſolet. ℞. Eodem modo ut ad priorem objectionem. Qui enim legatum facit, in illis rebus præſumitur feciſſe, quas cogitat ſervare uſque ad mortem, & non in illis quas cogitat diſtrahere, niſi aliud exprimat.

Cæterùm, quòd nomine bonorum debitoris etiam merces veniant, vel ex eo conſtat, quòd oppignorari à mercatore poſſint: atqui tunc non oppignorat rem alienam: ergo rem ſuam. Major propoſitio habetur in lege 34. *ff. de Pignorib.* [Cùm tabernam debitor creditori pignori dederit, quæſitum eſt, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces quæ in ea erant, obligâſſe videatur. Reſpondit, ea quæ mortis tempore debitoris in taberna inventa ſunt, pignori obligata eſſe videntur.]

DUBITATUR 3. An hypothecâ generali comprehendantur res alienari prohibitæ. Ad hoc jam ſuprà reſpondi contra Hunnium negativè.

DU-

877. DUBITATUR 4. An omnium bonorum nomine comprehendantur actiones & nomina. ℞. Contra Iaſonem affirmativè. Nam certi juris eſt hæc nomine noſtrorum bonorum comprehendi. *l. 30. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* dicitur, [Meorum & tuorum appellatione etiam actiones contineri, & conſequenter etiam nomina, quæ actionibus perſequimur.] An autem actiones & nomina oppignorari poſſint, pertinet ad ſequentem controverſiam. De ſervitutibus fuit ab aliquibus dubitatum, ſed omnino affirmandũ eſt, eas venire ſub nomine bonorum. Notanda autem eſt hic probatio Hunnii. Quidquid, inquit, auget patrimonium noſtrum, & nos beat, nobiſque prodeſt, id in bonis eſſe dicitur *l. 49. ff. d. V. S.* atqui ſervitutes hoc faciunt. ergo. item. In bonis noſtris cenſetur eſſe id omne, ad quod obtinendum aut recuperandum actiones habemus, *l. 143. ff. eod.* & l. 15. ff. de R. I. Atqui habemus actiones ad obtinendas ſervitutes (*nempe Confeſſoriam, & toto tit. ff. ſi ſervitus vind.*) ergo ſunt in bonis noſtris, & conſequenter comprehenduntur hypothecâ generali. Notandæ, inquam, ſunt hæ probationes, quia eodem modo probabitur contra Hunnium, merces mercatorum comprehendi. Nunquid enim & hæ patrimonium mercatorum augent? nunquid dantur actiones ad eas recuperandas? Itaque Hunnius conſequentiùs idem de mercibus docuiſſet, quòd veniant nomine bonorum. Cæterùm, an ſervitutes poſſint oppignorari, pertinet ad ſequentem Controv.

878. DUBITATUR 5. An etiam fructus illi oppignorati cenſeantur, in generali hypotheca, qui ex re oppignorata alienata apud alium dominum poſtea naſcuntur, & percipiuntur, ut partus animalium, Ancillarum (qui latè loquendo etiam nomine fructuum venit, etſi ſtrictè loquendo homo in fructibus non ſit) fructus agrorum, ſi à debitore ſati ſunt. Reſpondet P. Molina d. 529. n. 5. affirmativè. Et deſumitur ex lege 11. §. 3. *Qui potiores.* Qui textus obſcurus eſt, ſed reſponſionis ſenſum omnino habere videtur, & ità ſonat. [Si de futura re convenerit, ut hypothecæ ſit, ſicut eſt de partu, hoc quæritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris; & in fructibus, ſi convenit, ut ſint pignori: æquè quæritur, an fundus, vel jus utendi fruendi, conventionis tempore fuerit debitoris.] Ex quibus ultimis verbis infert P. Molina, quòd ſi uſusfructûs fuit pignori aut hypothecæ ab uſufructuario ſubjectus creditori, fructus etiam talis uſusfructus nati ac percepti, dum is uſusfructus ad eum ſpectabat qui pignori ſubjecit, cenſeantur etiam ſubjecti pignori aut hypothecæ ratione talis uſusfructûs, eſto ab aliquo alio percipiantur. Quamvis enim fructus illi non pertineant ad dominium uſufructuarii, ſed ad dominium proprietarii interim dum pendent, quaſi tunc unum quid cum prædio cujus ſunt fructus, reputentur, adeoque tunc primùm fiant fructuarii, quando durante uſufructu vel ab uſufructuario ipſo, vel ab alio ejus loco percipiuntur, jus tamen, quod uſufructuarius quà talis habet, ut illos poſſit ſuos efficere colligendo dum eſt uſufructuarius, ſufficit, ut uſufructu pignori ſubjecto fructus quoque cenſeantur pignori ſubjecti, dependenter tamen à perſeverantia uſusfructûs, ſi tunc percipiantur. Quodſi ipſis pendentibus uſusfructus finiatur, ad proprietarium pertinent, & ſicut tunc finitur pignus in uſufructu conſtitutum, (quia non entis nullæ ſunt qualitates) ſic quoque exſpirat pignus in fructibus conſtitutum.

Quòd autem fructus ſati aut producti, vel concepti tempore quo res hypothecata & fructifera ad debitorem pertinebat, ſint pariter cum re oppignorati aut hypothecati, etiamſi dominium tam rei, quàm fructuum ad alium tranſierit, & ille alius fructus perceperit, præter textum legis 11. jam relatum (junctâ gloſſâ) habetur etiam in *l. 3. C. In quibus rebus pig. tac. contr.* [Quamvis fructus pignori datorum prædiorum, etſi id apertè non ſit expreſſum, & ipſi pignori credantur tacitâ pactione ineſſe.] *& l. 13. ff. de Pignorib.* [Grege pignori obligato, quæ poſtea naſcuntur, tenentur.] Hinc tamen

879. DUBITATUR 6. Si ex fructibus natis venditis ematur aliquod prædium, an etiam cenſeatur hypothecatum ſicut fructus. ℞. Negativè. *l. 3. C. in quibus rebus.* ibi. [Prædia tamen, quæ emuntur ex fructuum pretio, ad eandem cauſam venire, nulli prudentum placuit. Itaque in tali caſu fructus venditi, dum exiſtunt, manent hypothecati.]

880. DUBITATUR 7. An etiam illi fructus ſubjaceant hypothecæ, qui, poſtquam res principalis alienata fuit, primùm ſati & percepti ſunt ab eo qui dominus rei factus eſt. ℞. Negativè. *l. 29. §. 1. ff. de pignoribus.* [Si mancipia in cauſam pignoris ceciderunt, ea quoque quæ ex his nata ſunt, eodem jure habenda ſunt: quod tamen diximus, etiam agnata teneri, ſive ſpecialiter de his convenerit, ſive non, ità procedit, ſi dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem ejus. Cæterùm, ſi apud alium dominum pepererint, non erunt obligata.] Ex quibus ultimis verbis colligendum videtur, quòd non ſufficeret fœtum fuiſſe conceptum apud debitorem, quia lex non videtur plus requirere, quàm quòd ancilla pepererit apud alium dominum, ut partus non ſit obligatus. Quamvis Molina contrarium identidem ſupponat, nempe quòd partus debuerit etiam conceptus fuiſſe apud alium dominum.

881. DUBITATUR 8. An fructus ab herede debitoris poſtea percepti ex re hypothecata ſint etiam obligati. Et loquendo de fructibus naturalibus, reſpondetur affirmativè.

Nam ſola illa bona excipiuntur, quæ hætes poſtea aliunde quàm ex bonis hæreditariis acquiſivit. *l. 29. ff. de Pignoribus.* [Paulus reſpondit generalem quidem conventionem ſufficere ad obligationem pignorum, ſed ea quæ ex boni defuncti noo fuerunt, ſed poſtea ab hærede ejus ex alia cauſa acquiſita ſunt, vindicari non poſſe à creditore teſtatoris.] Bené tamen hoc limitat P. Molina, ut intelligatur, fructus hos ſatos & perceptos ab hærede cenſeri obligatos detractis expenſis factis ab hærede, in ſerendo, percipiendo, &c. nam reliquum duntaxat computatur in fructibus. Fructus verò induſtriales non cenſebuntur obligati, quia principaliter capiuntur ex re hæredis, nempe ex induſtria.

882. Dubitari poſſet 9. An fructus ſati & percepti à colono ſeu conductore fundi obligati etiam fiot hypothecati. Ratio dubitandi eſt, quia dum pendent, ſunt in dominio locatoris, & unà cum re locata obligati. R. Tamen negativè: quia proveniunt potiùs ex re conductoris, nempe ex penſione quam ſolvit: quare (inquit P. Molina) per Epiiceiam de illis judicandum eſt, ſicut de fructibus, quos emptor fundi à ſe ſatos percepiſſet.

CONTROVERSIA III.

Quænam res poßint, aut non poßint oppignorari.

§. I.

De Rebus alienis, & oppignoratis.

SUMMARIUM.

AN res aliena inſcio domino poſſit obligari. 883.

Quidſi dominus poſtea ratam habuerit hypothecam. eod.

Quidſi inſcio nec approbante domino, & creditore res aliena obligetur, qualis actio competat creditori. 884.

Quidſi debitor poſtea fiat dominus rei alienæ obligatæ. 885.

Quidſi dominus rei poſtea hæres exiſtat debitoris. 886.

An poſſit oppignorari res aliena, ſub conditione, ſi eam acquiſiverit. 887.

Quodſi poſtea rem non aquirat, ad quid obligetur. eod.

Solvuntur argumenta Petri Fabri. eod.

An res oppignorata poſſit à creditore alteri oppignorari. 888.

Quidſi pignus fuit ſecundo obligatum pro pecunia credenda, & à primo debita, ſed poſtea ſoluta, an adhuc maneat pignus apud ſecundum creditorem. 889.

883. DICENDUM eſt 1. Rem alienam inſcio domino, aut non conſentiente ſeo ratum habente, opignorari non poſſe. Habetur variis juribus, clariſſimè *l. 6. C. Si aliena res pig.* ibi. [per alium rem alienam invito domino pignori obligari non poſſe certiſſimum eſt.]

DICENDUM 2. Si tamen dominus ratum habuerit, valet pignus, & retrotrahitur ad tempus oppignorationis factæ, per ſe loquendo. *l. 16. §. 1. ff. de pignorib.* [Si neſciente domino res ejus hypothecæ data ſit, deinde poſtea dominus ratum habuerit, dicendum eſt, hoc ipſum, quòd ratum habet, voluiſſe eum retro recurrere ratihabitionem, ad illud tempus quo convenit.] Dixi: per ſe loquendo. Nam ut obſervat P. Molina ex Negulantio, hæc retrotractio intelligenda eſt, ſalvo jure tertii, cui ante illam ratihabitionem, eadem res eſſet oppignorata ab ipſo domino. talis enim præferretur poſteriori, nec in poteſtate domini eſt per ratihabitionem & retrotractionem præjudicare juri jam quæſito alteri.

884. DICENDUM 3. Quando inſcio, nec approbante domino, item inſcio creditore res aliena obligata fuit, competere creditori actionem pignoratitiam contrariam adverſùs debitorem, ut rem aliam æquè bonam oppignoret. Colligitur ex lege *6. C. ſi aliena res.* [Quæ prædium in filios à ſe titulo donationis translatum creditori ſuo dat pignori, ſe magis contrario pignoratitio obligat judicio, quam quidquam dominis noceat.]

885. DICENDUM 4. Si debitor fiat poſtmodum dominus rei alienæ quam obligaverat, competit creditori pignoratitia actio contraria in illam rem. *l. 41. ff. de pign. act.* [Rem alienam pignori dediſti, deinde dominus rei ejus eſſe cæpiſti: datur utilis actio pignoratitia creditori.]

886. Quæres. Si dominus rei ab alio oppignoratæ, poſtea hæres exiſtat debitoris qui oppignoravit, an creditor etiam habeat utilem actionem adverſùs hæredem debitorem. Ratio dubitandi eſt, quia in tali caſu ille qui eſt debitor, eſt etiam dominus rei oppignoratæ ab eo cujus hæres eſt. Nihilominus in lege citata id rectiſſimè negatur, ſequentibus ſtatim verbis. [Non eſt idem dicendum, ſi ego Titii, qui rem meam obligaverat ſine mea voluntate, hæres extitero: hoc enim modo pignoris perſecutio concedenda non eſt creditori. Neque utique ſufficit ad competendam utilem actionem pignoratitiam, eundem eſſe dominum, qui etiam pecuniam debet.] Quid ergo deeſt? nempe qui dominus eſt, debet ipſe in pignus conſenſiſſe, prout conſenſit in caſu concluſionis. & colligitur ex ſeqq. verbis. [Sed ſi convenisset de pignore,

Digitized by Google

gnore, ut ex ſuo mendacio arguatur, improbè reſiſtit, quo minùs utilis actio moveatur.] Poſſet tamen creditor actione perſonali utili agere, ut hæres pignus à defuncto debitore conſtitutum approbet, & pignus eſſe patiatur. Et de hac actione intelligenda eſt ex communi interpretatione lex 22. *ff. de pignorib.* [Si Titio qui rem meam, ignorante me, creditori ſuo pignori obligaverit, hæres extitero, ex poſtfacto pignus directò quidem non convaleſcit, ſed utilis pignoratitia dabitur creditori.]

887. DICENDUM 5. Qui ſpem habet alicujus rei conſequendæ, poteſt illam utiliter oppignorare ſub conditione, ſi eam acquiſiverit. *l. 16. §. 7. ff. de Pign.* [Aliena res utiliter poteſt obligari ſub conditione, ſi debitoris facta fuerit.]

Sed, quid ſi poſtmodum ſpe ſuâ cadat, nec rem conſequatur, poteſtne cogi ad aliam ſubjiciendam rem? Cenſeo quòd non, quia creditor non eſt deceptus, ſed in pignus conditionatum conſenſit. Adeoque perinde eſt, ac ſi nullum pignus datum eſſet, quia conditio deficit. imò perinde eſt, ac ſi pignus periiſſet.

Contra primam Concluſionem, quæ indubitati Iuris eſt, objicit Petrus Faber 1. Quæcunque res poteſt vendi, poteſt etiam oppignorari. atqui res aliena, etiam inſcio Domino, poteſt vendi, ità ut venditio valeat. Ergo & oppignorari. Minor conſtat ex dictis de Contr. Empt. Major habetur in lege 9. §. 1. *ff. de Pignorib. Quod Emptionem, Venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere poteſt.* Leve argumentum pro Iureconſulto, contra apertum Ius. ℞. 1. Senſum eſſe, quòd ea quæ ſunt in humano commercio, & vendi poſſunt, poſſint etiam oppignorari; neque dicit textus poſſe oppignorari à non Domino, ſed ab aliquo. Itaque in hoc eſt paritas, quòd quidquid eſt apta materia venditionis, ſit etiam apta materia oppignorationis, ſaltèm ab aliquo, nempe à Domino. Eſt ergo argumentum ſimile huic. Quidquid eſt tangibile, eſt etiam viſibile: ſed lapis eſt tangibilis etiam à cæco: ergo eſt viſibilis à cæco. Reſponderi poteſt 2. Diſtinguendo Majorem. Quidquid vendi poteſt cum efficacia ad obtinendum finem primariò intentum, eſt etiam oppignorabile, tranſeat: ſecùs nego majorem. & eodem modo diſtinguo minorem: res aliena poteſt vendi cum efficacia ad obtinendum finem primariò intentum, nempe ad transferendum dominium, nego, aliter concedo, & nego conſequentiam.

Objicit Petrus Faber 2. Ille contractus valet, ex quo naſcuntur actiones propriæ illius contractûs: ſed ex oppignoratione rei alienæ naſcuntur actiones propriæ pignoris aut hypothecæ. Ergo, &c. Minor probatur ex lege 9. §. *pen. ff. de pignor. act.* ubi dicitur. *Is quoque qui rem alienam pignori dedit, ſolutâ pecuniâ poteſt pignoratitiâ experiri.* Item ex lege 22. §. 2. *ff. eod.* [Si prædo rem pignori dedit, competit ei & de fructibus pignoratitia actio, quamvis ipſe fructus ſuos non faciat: à prædone enim fructus & vindicari extantes poſſunt, & conſumpti condici.] ℞. Si loquatur Faber de actionibus realibus propriis Pignoris, negando minorem: non enim niſi perſonales naſcuntur, ſicut ex ſolutione indebiti naſcitur condictio indebiti. Addit Harpprecht. n. 150. quòd is qui rem alienam pignori dedit, licèt quoad hypothecariam actionem nihil agat, pignoratitiâ tamen actione contrariâ teneatur, & inſuper etiam ſtellionatûs crimen committat, ſi ſciens dederit. *l. 16. §. 1. ff. de pignor. act.* [Contrariam pignoratitiam creditori actionem competere certum eſt. Proinde ſi rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicam obligatam dedit, tenebitur, quamvis ſtellionatûs crimen committit. Sed utrum ità demum ſi ſcit, an & ſi ignoravit? & quantùm ad crimen attinet, excuſat ignorantia: quantùm ad contrarium judicium, ignorantia eum non excuſat.]

888. DICENDUM 6. Res oppignorata creditori, poteſt ab eodem creditore iterum alteri creditori ſuo oppignorari ob ſuum debitum, ratione Iuris realis, quod in tali re habet. *l. 1. C. Si Pignus pignori datum ſit.* Etiam id, quod pignori obligatum eſt, à creditore pignori obſtringi poſſe, jam dudum placuit: ſcilicet, ut ſequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is qui Ius repræſentat, tueatur, quamdiu in cauſa pignoris manet ejus qui dedit.] Itaque ſi primus debitor debitum ſolveret, pignus apud ſecundum creditorem exſpiraret, & primo debitori reſtituendum eſſet, prout exprimitur in leg. 13. §. 2. *ff. de Pignoribus.* ibi. *Quod ſi Dominus ſolverit pecuniam, pignus quoque perimitur.* Secundus tamen creditor poteſt in tali caſu adigere primum creditorem, ſuum debitorem, ut aliud pignus ſubſtituat æquè bonum, ut in ſimili ſuprà dictum eſt.

889. DICENDUM 7. Si conſcientiente primo debitore, & pignoris Domino, creditor pignus obligavit alteri pro pecunia ſibi credenda, & à primo debitore debita, tunc etiamſi dominus pignoris ſolvat debitum, adhuc tamen perdurat pignus apud ſecundum creditorem, qui non poteſt conveniri pignoratitiâ actione, nec rei vindicatione, quamdiu illi non ſatisfiat. Poteſt tamen Dominus pignoris agere adversùs ſuum creditorem cui jam ſolvit, & actione præſcriptis verbis, ut debitum ſecundo creditori ſolvat, pignùſque recipiat, ac ſibi reſtituat. Et hic eſt caſus contentus in lege 27. *ff de pignorat. act.* [Petenti mutuam pecuniam creditori, cùm præ manu debitor non haberet, ſpecies auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret: ſi jam ſolutione liberatas, receptáſque eas, is qui ſuſceperat, tenet, exhibere jubendus

eſt

eſt: quodſi etiam nunc apud creditorē creditoris ſunt, voluntate Domini nexæ videntur, ſed, ut liberatæ tradantur, Domino earum propria actio adversùs ſuum creditorem competit.] Ex quo caſu habetur etiam, quòdſi primi debitoris creditor, ſuo creditori cui pignus dedit à ſuo debitore ſubminiſtratum, priùs ſolveret debitum, & pignus reciperet, teneretur illud reſtituere ſuo debitori, & iſte poſſet illud vindicare; etiamſi necdum ſolveret ſuum debitũ, quia iſte debitor non oppignoravit ſuo creditori, ſed tantùm ſubminiſtravit, ut haberet, quod oppignoraret.

§ II.

De Nominibus, & Servitutibus.

SUMMARIUM.

Litteræ cenſuales, & alia debita poſſunt oppignorari. 890.

Si creditor à debitore ſui debitoris exigat debitum non pecuniarium, non fit Dominus rei oppignoratæ, ſed manet pignus: ſecùs ſi pecuniarium. 891.

In tali caſu datur creditori utilis actio pignoratitia contraria adversùs debitorem debitoris. 892.

Vſusfructus poteſt ab uſufructuario obligari. 893.

Si conſolidetur, exſpirat hypotheca. 894.

Servitutes prædiales quomodo in conſequentiam obligentur. 895.

Servitutes Vrbanæ non poſſunt ſeorſim à prædiis obligari. eod.

Quid de Ruſticis dicendum. 896.

An poſſit in pignus conſtitui nova ſervitus. 897.

An uſufructuarius poſſit etiam proprietatem oppignorare. eod

Dictum eſt, præcedente controverſiâ, hæc contineri in bonis noſtris, unde per conſequentiam inferri poteſt, ea quoque oppignorari poſſe, niſi ſpecialiter prohibeantur. Nunc ergo videndum eſt, an prohibeantur.

890. DICENDUM 1. Debita, ſeu nomina debitorum, ut litteras cenſuales, ipſumque Ius perſonale, poſſe oppignorari, & hypothecæ ſubjici. Ità ſupponitur in *l.* 13. §. 2. *ff. de pignor.* illis verbis. *Si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum eſt.* & in lege 20. *eod.* illis verbis. *Cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit.*

891. DICENDUM 2. Si creditor conſtituta tali hypothecâ, à debitore ſui debitoris exegerit debitum ſibi hypothecatum, tunc diſtinguendum eſt, an fuerit debitum pecuniarium, vel aliquod corpus, ſeu alia ſpecies quàm pecunia mutuò dari ſolita: ſi primum, tunc fiet Dominus pecuniæ, & cum debito compenſabit, ſicque liberabitur ejus debitor: ſi verò ſecundum, non fiet Dominus, ſed corpus illud retinebit, tanquam pignus. Omnia hæc, ſicut & prior concluſio, habentur *l.* 18. *pr. ff. de pig. act.* [Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi ſit, tuenda eſt à Prætore hæc conventio, ut & te in exigenda pecunia, & debitorem adversùs me, ſi cum eo experiar, tueatur: ergo ſi id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam recum penſabis, ſi verò corporis alicuius, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.]

892. DICENDUM 3. In tali caſu datur creditori utilis actio pignoratitia contraria adversùs debitorem ſui debitoris, ſed non ultrà, quàm à ſuo debitore ſibi debetur, & quantùm alter debet. Ità habetur *l.* 5. *C. Quæ res pig.* [Nomen quoque debitoris pignorari, & generaliter, & ſpecialiter poſſe, jam pridem placuit. Quare ſi debitor is ſatis non fecerit, cui tu crediditi, ille cujus nomen tibi pignori datum eſt, niſi ei, cui debuit, ſolvit, nondum certior à te de obligatione tua factus, utilibus actionibus ſatis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi à creditore ejus probaveris, compelletur. NB. quatenus tamen ipſe debet.] Vnde infert Bartolus, quòd ſi primus debitor, hoc eſt, debitor mei debitoris, ſeu ille cujus debitum mihi obligatum eſt, ſi inquam ille conſcius, quòd ejus nomen mihi obligatum ſit, nihilominus ſolvat ſuo creditori, adhuc ego ſecundus creditor poſſem à primo debitore debitum exigere. v. g. Petrus credidit Paulo, & Paulus oppignoravit debitum Ioannis, ſi Ioannes monitus de hac hypotheca, nihilominus ſolveret Paulo, adhuc conveniri poſſet à Petro: ſecùs, ſi ignarus ſolviſſet. quodſi non ſolvit, ſive conſcius, ſive ignarus, utique conveniri poteſt, quia debitum ejus eſt hypothecatum.

893. DICENDUM 4. Vſusfructus poteſt ab Vſufructuario pignori & hypothecæ ſubjici. *l.* 11. §. 2. *ff. de Pignorib.* [Vſusfructus an poſſit pignori, hypothecæve dari, quæſitum eſt, ſive Dominus proprietatis convenerit, ſive ille, qui ſolum uſumfructum habet, & ſcribit Papinianus, tuendum creditorem, & ſi velit cum creditore proprietatius agere, *non eſſe ei Ius uti frui invito ſe,* tali exceptione eum Prætor tuebitur: *ſi non inter creditorem, & eum ad quem uſusfructus pertinet, convenerit, ut uſusfructus pignori ſit.* Nam & cùm emptorem uſusfructus tuetur Prætor, cur non & creditorem tuebitur? eâdem ratione & debitori objicietur exceptio.] Hæc Iure communi. Nam Iure Bavarico requiritur conſenſus domini proprietatis. *G. P. tit.* 2. *art.* 20. *& L. R. tit.* 14. *a.* 7.

894. DICENDUM 5. Si Vſusfructus hypothecatus conſolidetur cum proprietate, exſpirat hypotheca (ut jam ſuprà dictum, & per ſe clarum eſt) niſi Dominus proprietatis conſenſiſſet, ut etiam in ulterius tempus eſſet hypothecatus. Ratio eſt, quia, ut etiam ſuprà dictum, res aliena poteſt cum conſenſu Domini hypothecari.

895. DI-

895. DICENDUM 6. Servitutes prædiales tam ruſticæ, quàm urbanæ, poſſunt in conſequentiam oppignorari, & prædio ipſo oppignorato ſeu hypothecato, etiam ſervitutes illis debitæ cenſentur hypothecatæ. Ratio eſt, quia, ut ſuprà vidimus, res hypothecata cenſetur hypothecata cum omnibus Iuribus & pertinentiis, niſi expreſsè excipiantur. Neque rationes aut leges, ob quas de ſervitutibus ſeorſim conſideratis aliud ſtatutum forsaſſis eſt (de quo jam videbimus) procedunt in hypotheca ipſius prædii, ſed potiùs contrarium probant.

DICENDUM 7. Servitutes Urbanæ ſeorſim ſumptæ non poſſunt oppignorari, aut hypothecari, lege id prohibente. *l.* 11. §. 3. *ff. de pignorib. Jura prædiorum urbanorum pignori dari non poſſunt: igitur nec convenire poſſunt, ut hypothecæ ſint.*

De Servitutibus ruſticis eſt magna controverſia. Poſſe oppignorari tenent ICti communiter, & tanquam indubitatum tradit P. Molina *d.* 529. *n.* 10. Negativam tamen tenent Duaronus, Donellus, & alii, quos ſequitur Harpprecht *tum hic n.* 140. *tum tom.* 2. *de Serv. præd.* §. *ult. à n.* 21.

896. DICO 8. Si ſermo ſit de Servitutibus jam conſtitutis, tunc nec urbanæ nec ruſticæ poſſunt ſeparatim à Domino prædii dominantis pignori ſeu hypothecæ dari. Probatur 1. Quæ poſſunt oppignorari, debent poſſe in defectum ſolutionis in creditorem transferri, ut inde ſolutionem accipiat, hæc eſt enim utilitas pignoris, ut conſtat. atqui ſervitutes jam conſtitutæ non poſſunt ità ſeorſim transferri in alium tertium ab eo cui debentur; quia prædio cohærent; & quia Dominus fundi ſervientis rectiſſimè & optimo Iure negabit creditori, ſuum prædium illi debere ſervitutem, ut per ſe facilè cuivis manifeſtum erit. Probatur 2. Dominus prædii dominantis non poteſt cauſam prædii ſervientis facere deteriorem, ut ſuo loco dictum eſt, & omnes recipiunt. atqui ſi poſſet ſervitutem oppignorare, ac tandem in creditorem transferre, poſſet utique cauſam fundi ſervientis facere deteriorem. Ergo, &c.

897. DICO tamen 9. Poteſt debitor creditori ſuo in pignus & hypothecam conſtituere de novo Servitutem in ſuo prædio ruſtico, imò & in urbano, dummodo inde nulla ædium deformitas inducatur, ſi v. g. ſoluto pignore tignum immiſſum eſſet iterum eximendum, & ædificium deformandum. Probatur hæc concluſio ex illa ipſa lege, quam communis ſententia (ſi tamen hodie adhuc manet communis) pro ſe allegat ex malo illius intellectu, quaſi loquatur de ſervitutibus jam conſtitutis, cùm reverà loquatur de ſervitutibus de novo conſtituendis, & quæ in pignus dentur ab eo cujus prædio ſervitus imponitur, & non ab eo, cui aliud prædium ſorvit. Eſt autem *lex* 12. *ff. de pignorib. & hypoth.* & ſic habet. [Sed an viæ, itineris, actûs, aquæductûs, pignoris conventio locum habeat, videndum eſſe Pomponius ait: ut talis pactio fiat: ut quamdiu pecunia ſoluta non ſit, eis ſervitutibus creditor utatur, ſcilicet, ſi vicinum fundum habeat: & ſi intra diem certum pecunia ſoluta non ſit, vendere eas vicino liceat: quæ ſententia propter utilitatem contrahentium admittenda eſt.]

Dices: Cur ergo in lege 11. præcedente Martianus ICtus de ſolis prædiis urbanis pronuntiavit, quod hypothecari non poſſint? Reſpondent alii; eum exempli causâ locutum eſſe. Addo ego, quia fortè putavit, eſſe majorem cauſam dubitandi de illis, quàm de ruſticis.

Circa uſufructuarium eſt controverſum, utrum non ſolùm uſumfructum quoad ſuam commoditatem, ſed etiam ipſam proprietatem poſſit pignori dare, & hypothecæ ſubjicere. In quo puncto invenio ſingularem ſententiam affirmativam Petri Fabri, quem ſequitur Hunnius q. 30. Fundamentum unicum eſt regula Iuris 72. *Fructus rei eſt, vel pignori dare licere.* Verùm, ſi hæc regula ità crudè accipienda eſſet, probaret, quòd etiam Vaſallus poſſet feudum pignori dare. Quodſi dicant iſti, ſubintelligendam eſſe exceptionem eorum, quæ ſpecialiter prohibentur hypothecari, dicam & ego, exceptionem eſſe ſubintelligendam eorum, quæ aliunde inconveniens eſt hypothecari. talis eſt proprietas rei reſpectu uſufructuarii, ad quem non ſpectat, & reſpectu cujus manet, & eſt aliena, & poteſt hypothecari à Domino proprietatis: ergo non poteſt abſque hujus conſenſu hypothecari à fructuario: alioquin in illis Provinciis (ut eſt Bavaria) in quibus requiritur conſenſus proprietarii, nullus daretur uſusfructus plenarius, quia nullus gauderet omnibus fructibus, ſi Ius oppignorandi, in ſenſu Hunnii, inter fructus eſſet numerandum.

§. III.

De Emphyteuſi & Feudo, an poſſint oppignorari.

SUMMARIUM.

Quid de Emphyteuſi & Feudo dicendum, remiſſivè. 898.
An Feudum poſſit hypothecæ ſubjici. 899.
Solvuntur argumenta contraria. 900.
An feudo cum conſenſu Domini alienato, nec tamen ſoluto, poſſit emptor feudum oppignorare. 901.
An, oppignoratione ad certum tempus factâ; elapſo tempore hypotheca exſpiret. 902.

898. QUamvis de Emphyteuſi aliquid dixerim tract. 9. c. 4. & de Feudis *c.* 5. *Controv.* 11. quia tamen hic propria ſedes eſt, aliqua huc

huc reſervavi circa Feuda. De Emphyteuſi nihil ultra ibi dicta occurrit, & ideo ibi videnda ſunt.

Quoad Feuda ibidem ſatis ſuperque tractatum eſt, quòd Iure Feudorum Feuda oppignorari, oppignoratione ſpecificè ſumptâ, quâ nimirum poſſeſſio transfertur, absque Domini conſenſu (qui Iure Bavarico etiam in Emphyteuſi oppignoranda requiritur) non poſſint, quibusdam caſibus exceptis, ibique recenſitis. Quia verò de hypotheca ſpecificè ſumpta nihil habetur in libris Feudorum, ideo

Controvertitur inter RR. an Feudum poſſit à Vaſallo ſaltèm hypothecæ ſpecificè ſumptæ ſubjici. Affirmant VVurmſerus, Zaſius, Boceras, Roſenthal, Borcholt, aliique quos refert, & ſequitur Harpp. qui n.187. etiam Berlichio hanc ſententiam tribuere videtur, dum ait: *Vide Berlichium concluſ. practic. p. 2. concl. 31. n. 2. & ſeqq.* Sed Berlichius hoc loco ad longum & accuratè defendit ſententiam negativam, referens pro ſe longum Catalogum ICtorum, cum quibus

899. DICO, & reſpondeo negativè. Potiſſimum argumentum, quo moveor, eſt hoc. Per hypothecam, non minùs pervenitur ad rei alienationem omnimodam, hoc eſt, venditionem, quàm per pignus. nam eò tendit hypotheca, ut patet ex ſuprà dictis, & ex toto tit. *C. de diſtractione pignorum.* atqui diſtractio pignoris non eſt vaſallo permiſſa: ergo nec hypotheca, inducens Ius diſtrahendi. nam prohibitâ alienatione etiam prohibitum intelligitur, ex quo ſequi alienatio poteſt.

Ad hoc argumentum perplexè reſpondet Harpprecht. [Nihil, inquit, id adverſatur; quoniam procedit in alienatione ſimpliciter prohibita (*quaſi verò alienatio feudi non ſit ſimpliciter prohibita!*) non itidem in ea prohibita alienatione, quâ ipſa rei poſſeſſio in alium transfertur. (*non dubito, quin omiſſa ſit particula* NON, *alioquin eſt ineptiſſima reſponſio*) qualis eſt prohibita feudi alienatio, ut quâ vaſallus commodo fructuve privatur: de qua feudi alienatione, cùm feudorum placita tantùm loquantur, de alia quavis alienatione minimè ſunt accipienda.] Aberrat reſponſio prorſus à ſcopo argumenti. nam argumentum procedit de alienatione ſimpliciter dicta, nempe de venditione, ad quam tendit hypotheca. Reſponſio loquitur de alienatione minùs ſtricta, quæ nimirum ineſt ipſi pignori & hypotheca, quarum prior etiam poſſeſſionem transfert, non poſterior, & priorem vult ſolam eſſe prohibitam. argumentum autem de hac non loquitur, ſed de venditione, ad quam tendit hypotheca, & ex prohibitione venditionis optimè infert prohibitionem hypothecæ, qualiscunque ſit aut dicatur hæc eſſe alienatio.

900. Objiciunt 1. In libris feudorum nulla ſit mentio hypothecæ in ſpecie, ſed ſemper pignoris: cùm ergo propriè aliud ſit pignus aliud hypotheca, proprietati verborum ſtandum, & adhærendum erit: Idque maximè hoc caſu fieri debet, ubi in materia odioſa verſamur: ſiquidem propter oppignorationem vaſallus feudo privatur. Verùm, hoc argumentum potiùs retorquetur. Nam prohibitio oppignorationis eſt primariò favorabilis, & in favorem Domini directi introducta, ne vaſallus reddatur minùs potens ad ſervitia præſtanda, quod utique etiam procedit in hypotheca, quatenus hæc tendit ad alienationem feudi. Ergo lex prohibens oppignorationem, potiùs extendi etiam debet ad hypothecam: alioquin parùm conſultum erit Domino, cùm lex prohibens poſſit facilè eludi conſtituendo hypothecam, & rem eò dirigendo, ut Dominus invitus alium pro alio vaſallum habere cogatur.

Objiciunt 2. Illâ duntaxat feudi alienatione interdictum eſt vaſallo, quâ poſſeſſio prædii feudalis transfertur. ad quod probandum urgent ex *tit. 55. lib. 2. Feud.* illa verba cap. 1. *Feudum vendunt, & in alios transferunt.* Reſpondeo, textus eſſe claros, à me relatos loco citato, quibus in terminis omnis alienatio prohibetur eod. *tit.* 55. c. 1. ubi dicitur. [Sancimus, ut nulli liceat feudum totum, vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel NB. quocunque modo diſtrahere, ſeu NB. alienare, vel pro anima judicare, &c.] Si Fridericus Imperator voluiſſet hypothecam permittere, hanc certè expreſsè excipere debuiſſet.

Hinc loco citato, *quæſito* 8. intuli ex communi Feudiſtarum ſententia, omnem illam alienationem eſſe prohibitam, quâ Ius reale transfertur. atqui per hypothecam (quam etiam ibi in ſpecie nominavi) transfertur Ius reale. Ergo.

Objiciunt 3. In hypotheca retinet vaſallus poſſeſſionem, & omne commodum conſequitur: ergo non redditur per hypothecam inutilis ad obſequia præſtanda, ſicut per pignus. Ergo non erat ratio prohibendi hypothecam. ℞. Eſto non immediatè reddatur inutilis, exponit ſe tamen periculo propinquo, ut fiat inutilis, nempe ſi feudum tandem eſſet alienandum ſeu vendendum ad ſolvenda debita.

901. Dubitatum eſt præterea: an ſi feudum fuit alienatum cum conſenſu Domini, Emptor verò non ſtatim habeat paratam ſolutionem, poſſit feudum ipſum oppignorare, vel hypothecæ ſubjicere. Reſpondent negativè Ludov. Schraderus p. 8. c. 1. n. 24. Carpzovius p. 2. *conſt.* 23. *defin.* 18. *n.* 3. VVidman *n.* 30. Rationem dant, quia conſenſus Domini eſt ſtrictè interpretandus: ergo non extendendus ultra conſenſum in alienationem. Ego tamen exiſtimarem, ex circumſtantiis conſiderandum eſſe, utrum oppignoratio vel hypotheca non etiam in tali caſu cedat in commodum ipſius Domini, vel an conſenſus

Digitized by Google

ſenſus in alienationem ſit datus in favorem ipſius prioris vaſalli vendentis, quem æquè libenter haberet, quàm Emptorem, quo caſu non video, cur non poſſet præſumi conſenſus in oppignorationem.

902. Dubitatum eſt ulteriùs, an ſi Dominus directus dedit conſenſum in oppignorationem aut hypothecam, ſed cum reſtrictione ad certum tempus, v. g. ad octo annos, an his elapſis exſpiret hypotheca. Diſtinguit Georgius VVidman. ſi adjecta eſt clauſula caſſatoria, tunc utique exſpirat, & nullum ampliùs effectum ſortitur. Si verò non ſit adjecta illa clauſula caſſatoria, tunc ſubdiſtinguit. Si feudum finiatur elapſo illo termino adjecto, tunc conveniri nequit Dominus ex tali hypotheca, adeoque penitus exſpirat hypotheca. quia Dominus videtur dediſſe conſenſum ad certum tempus, ut eo elapſo, & feudo ad ſe reverſo, ope exceptionis ſe liberare poſſit ab actione hypothecaria. Si verò non finiatur, tunc ait pignus nihilominus in vaſalli aut Emphyteutæ præjudicium durare, quia adjectio temporis reſpectu eorum definit dilationem, intra quam creditor (volebat fortè ſcribere *debitor*) cogitare deberet de præſtanda ſolutione. Ego aliter ſentio, & ſimpliciter judico, adjectionem temporis ſemper habere adjectam tacitè clauſulam caſſatoriam. Ratio eſt, quia conſenſus Domini cùm cedat in præjudicium Domini, debet intelligi eo modo datus eſſe, quo minùs cedat in præjudicium Domini: atqui minùs cedit in ejus præjudicium, ſi elapſo termino ne quidem ipſe vaſallus obligetur ex hypotheca, & ſibi imputet creditor, quòd non magis explicatum conſenſum petierit.

§. IV.

De Iure Patronatûs.

SUMMARIUM.

AN oppignorato prædio, ſit etiam hypothecatum Jus præſentandi annexum. 903.
Quid ſi Jus præſentandi habeat annexos ſpeciales reditus, an hoc Ius ſit oppignoratum. eod.

RAtio dubitandi eſt, quia Ius Patronatûs poteſt vendi, non quidem ſeorſim, ſed unà cum prædio, cui eſt annexum. Ergo etiam poterit hypothecari, & hypothecabitur, ſi prædium aut toparchia hypothecetur. Nihilominus

903. DICENDUM eſt, neque in tali hypotheca cenſeri Ius præſentandi ad beneficium Eccleſiaſticum hypothecatum. Conſtat ex *cap.* 18. *de ſent. & re judic.* ubi rejecto illo, qui fuit præſentatus (& etiam inſtitutus) à creditore habente oppignoratum fundum, cui erat annexum Ius præſentandi, adjudicatur beneficium illi, qui à Domino fundi fuit præſentatus. Ad rationem verò dubitandi negatur paritas, & ſimul redditur ratio concluſionis. Quia uſus præſentandi non eſt res pretio æſtimabilis, & ideo non eſt materia apta hypothecæ, & quam creditor poſſit computare in partem debiti principalis.

Quod ſi tamen Ius præſentandi haberet annexos aliquos ſpeciales reditus, tunc Ius ad hos reditus cenſeretur oppignoratum, ut in citato capitulo ſupponitur: teneretur tamen creditor, acceptâ ſolutione, illos ipſos reditus reſtituere, aut in partem ſolutionis accipere, quia (ut nunc ſuppono) non eſt hîc locus anticreſi, prout ea admittitur in caſu quo feudum à vaſallo oppignoratur Domino directo, ut in loco dictum eſt.

§. V.

De Rebus ſacris, publicis, libero homine, Re litigioſa, re ad agriculturam ſpectante.

SUMMARIUM.

AN res ſacræ poſſint obligari. 904.
An Publicæ res poſſint obligari. 905.
An liber homo poſſit oppignorari. 906.
Quibus pœnis ſubjaceat detinens hominem liberum. 907.
An res litigioſa poſſint obligari. 908.
An res ad agriculturam ſpectantes. 909.

904. QUÆRITUR 1. An res ſacræ poſſint pignori aut hypothecæ ſubjici. ℞. Ex regula ſuprà tradita, quòd ea quæ vendi non poſſunt, nec oppignorari poſſint, res ſacras eatenus quatenus vendi non poſſunt, juxta alibi dicta, nec pignori dari, aut hypothecari poſſe. nempe quia, ut ſuprà fuit regula explicata, non ſunt in commercio humano, & habetur *l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pig.* [Eam rem quam quis emere non poteſt, quia commercium ejus non eſt, Iure pignoris accipi non poteſt.] *& de ſepulchro habetur l.* 3. *C. eod.* [Si monumento corpus filiæ tuæ intuliſti, religioſum id feciſti. quo facto obligari à quopiam, prohibente juris religione non poſſe, in dubium non venit.]

Hinc autem infertur econtrario, quòd ſicut res ſacræ aliquæ, ut calix, veſtimenta & ſimilia cultui divino dicata in neceſſitate egenorum aut captivorum ejuſdem Eccleſiæ quando à ſuis redimi non poſſunt, aut ad ſolvenda debita Eccleſiæ aliter non ſolubilia, poſſunt vendi, poſſint etiam oppignorari.

905. QUÆRITUR 2. An res ad communem uſum deſtinatæ, & ideo *Publicæ* dictæ, ut plateæ, &c. poſſint hypothecæ ſubjici. ℞. Eo modo quo vendi poſſunt, etiam ſubjici poſſe, nempe cum Principis conſenſu.

906. QUÆRITUR 3. An liber homo poſſit oppignorari. ℞. Poſſe filium à patre oppignorari in caſu neceſſitatis, quo eum poſſet vendere vi patriæ poteſtatis, ut in proprio loco dictum eſt. eodem modo poteſt captivus ſe in pignus dare illi qui pro eo litrum ſolvit & redimit ab hoſtibus, donec ſolvat litrum, ſive ſervitiis ſive alio modo. Quo ſenſu, & non ſtrictiùs eſt accipiendum capitulum 2. *de pignor.* dicens. [Lex habet ut homo liber pro debito non detineatur, etſi res defuerint, quæ poſſint pro debito addici.] Quâ lege non prohibetur incarceratio quorundam debitorum, de qua incarceratione actum eſt *to. 1. tr. 2. de ceſſione bonorum.* Eodem modo eſt intelligenda lex *6. C. quæ res pignori.* [Qui filios veſtros, vel liberos homines pro pecunia quam vobis credebat, pignoris titulo accepit, diſſimulatione ſe juris circumvenit, cùm ſit manifeſtum, obligationem pignoris, non conſiſtere niſi in his quæ quia de bonis ſuis facit obnoxia.] Ratio itaque reſiſtens oppignorationi eſt, quia deficit dominium.

Valeret ergo pignus, ſi quis in extrema neceſſitate conſtitutus, in quâ bona proximi incipiunt eſſe communia (ut loco cit. dictum eſt) acciperet rem proximi, & eam pro mutuo obtinendo oppignoraret; quia interim fit dominus: quamvis poſtea, obtentâ facultate luendi pignus teneretur redimere, & domino priori reſtituere.

907. Extra caſus poſitos qui liberum hominem tanquam pignoris loco detineret, & ſervire cogeret, graviter puniretur pœnis contentis in auth. *Imò C. de Ob. & Act.* Nam cùm lex 12. dixiſſet: [Ob æs alienum ſervire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur, *ſubjungitur authentica.* Imò à debito creditor cadit, tantundem dando vel retento, vel ejus parentibus, ipſo quoque creditore corporalibus pœnis ſubdendo.]

In favorem tamen captivorum, & pro motivo redimendi, conceditur in lege *fin. C. de poſt lim. reverſ.* ut redemptus teneatur ſub disjunctione vel pretium redemptionis refundere, vel ſervire per quinquennium. ibi. [Ne quando enim damni conſideratio in tali neceſſitate poſitis negari faciat emptionem, decet redemptos aut datum pro ſe pretium emptoribus reſtituere, aut laboris obſequio, vel operæ quinquennii vicem referre beneficii, habituros incolumem (ſi in ea nati ſunt) libertatem.]

Quæ dicta ſunt procedunt de auctoritate privatâ, & debito privato. Nam quâ ratione, & cum quanta obligatione poſſint in bonum patriæ & communitatis in bello ad ſecuritatem pacis ſervando & pactorum obſides dari, non eſt noſtri inſtituti tractare.

908. QUÆRITUR 4. An res litigioſa poſſit pignori dari. ℞. De hoc exſtare textum in *l. 1. §. 2. ff. quæ res, &c.* ubi videtur id negari de rebus mobilibus tantùm. ibi. [*Quid* ergo, ſi prædium quis litigioſum pignori acceperit, an exceptione ſubmovendus ſit? Octavianus putabat, etiam in pignoribus locum habere exceptionem, quod ait Scævola procedere, ut in rebus mobilibus locum habeat.] Verùm, ex titulo *C. de litigioſis* ſatis conſtat, nec immobilium pignus tenere, & ratio eſt, quia res litigioſæ vendi non poſſunt.

909. QUÆRITUR 5. An res ad agriculturam ſpectantes poſſint oppignorari. ℞. Si Negulantio credimus, conſuetudo talem oppignorationem admittit. De Iure ſcripto autem aliud dicendum eſſet, ſaltem loquendo de pignore prætorio ſeu judiciali, per legem *7. C. quæ res pig.* [Executores à quocunque Iudice dati ad exigenda debita ea quæ civiliter poſcuntur, ſervos, aratores, aut boves aratorios, aut inſtrumentum aratorium pignoris cauſâ de poſſeſſionibus non abſtrahant; ex quo tributorum illatio retardatur.] Dixi: *de pignore prætorio loquendo.* Nam etſi P. Molina cum quibuſdam aliis putet, legem loqui etiam de pignore conventionali, ego tamen nihil invenio, ex quo poſſim id efficaciter inferre, præſertim quia lex 8. & authentica ſtatim ſequens, planè de violenta ablatione loquuntur. Auth. ſic habet. [Agricultores circa rem ruſticam occupati, dum villas inſident, dum agros colunt, ſecuri ſint in quacunque parte terrarum, ità ut nullus inveniatur tam audax, ut perſonas, boves, & agrorum inſtrumenta, aut ſi quid aliud ſit, quod ad agrorum operam ruſticam pertineat, invadere aut capere, aut violenter auferre præſumat. Si quis autem hujuſmodi ſtatutum auſu temerario violare præſumpſerit, in quadruplum ablata reſtituat, & infamiæ notam ipſo jure incurrat. Imperiali animadverſione nihilominus puniendus.]

CONTROVERSIA IV.

Quid poßit in conſtituendo pignore vel hypotheca Procurator, Tutor & Curator.

SUMMARIUM.

Habens mandatum generale cum libera. *poteſt oppignorare.* 910.

Imò & procurator illius qui ſolebat pecunias accipere ſub pignore. 911.

Quid ſi pignus ignorante domino conſtitutum, verſum eſt in utilitatem principalis. eod.

Quid ſi pignus non fuit traditum. 912.

Quid poſſit Tutor & Curator. 913.

910. QUÆ-

910. QUamvis ex hucuſque diſputatis facile ſit judicare de illis, quæ ſub hoc titulo veniunt, quia tamen alias ex aliis deducere concluſiones, non fert cujuſvis ingenium, & ipſa etiam jura non dedignantur ſpecialiùs de illis ſtatuere, nobis quoque grave eſſe non debet.

Quod ad Procuratorem ſeu Mandatarium attinet, ſupponendum eſt ex dictis, in contractu mandati alium eſſe qui habet mandatum generale, & alium, qui habet ſpeciale: Rurſus ille qui habet generale, aliquando id habet *cum libera*, aliquando ſine libera. Qui habet ſpeciale mandatum oppignorandi aut hypothecæ ſubjiciendi, utique validè oppignorat. Loquendo ergo de habente mandatum generale,

DICENDUM 1. Mandatarius *cum libera*, hoc ipſo quòd poſſit res quas adminiſtrat titulo oneroſo alienare, poteſt etiã oppignorare, & hypothecare, ità exigente utilitate mandantis ſeu principalis, non tamen præcisè in commodum alterius. Ratio eſt: quia talis oppignoratio eſſet quædam donatio quoad æſtimationem: atqui donare non eſt permiſſum habenti liberam adminiſtrationem, hæc enim non tam eſſet adminiſtratio, quàm potiùs diſſipatio: & ideo nec filiofamilias in peculio cujus liberam habet adminiſtrationem permittitur, *l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pig.* [Si filiusfam. pro alio rem peculiarem obligaverit, vel ſervus, dicendum eſt, eam non teneri, licèt liberam ſui peculii adminiſtrationem habeant, ſicut nec donare eis conceditur.]

911. DICENDUM 2. Procurator illius, qui ſolebat mutuas accipere pecunias ſub pignore, etiamſi non habeat mandatum cum libera, poteſt nihilominus pignora dare pro mutuo. *l.* 12. *ff. de pignor. actione* junctis verbis immediatè præced. [Vel univerſorum bonorum adminiſtratio ei permiſſa eſt ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuas pecunias accipere.

DICENDUM 3. Si ignorante domino, ſciente creditore, procurator ſine libera pignus conſtituit pro mutuo, vel aliquo alio, idque converſum eſt in utilitatem domini, & pignus eſt creditori traditum, poteſt creditor pignus retinere, donec ſibi in tantum ſatisfiat, in quantum creditor probaverit, converſum eſſe in utilitatem principalis. *l.* 1. *C. Si aliena res pig.* [Procurator citra voluntatem domini domum pignori fruſtra dedit. ſi tamen pecuniam creditoris in rem domini verſam conſtabit, non inutilis erit exceptio, duntaxat quod numeratum eſt, exolvi deſideranti.]

912. DICENDUM 4. Si verò pignus non eſt traditum, tunc convenit creditori ſolummodo actio pignoratitia perſonalis adverſus principalem ſeu pignoris dominum, ut ſolvat, quantum in illius utilitatem verſum eſt. Ratio eſt, quia contractus nón tenet: ergo caret actione reali. Æquitas tamen requirit, ut habeat actionem perſonalem, ne alioquin unus cum alterius jactura locupletetur: & etiam ex eo colligitur, quòd ſi pignus traditum eſſet, poſſet illud retinere.

913. DICENDUM 5. In utilitatem minoris aut pupilli poteſt Curator & Tutor res mobiles (non pretioſas quæ ſervando ſervari poſſint) illorum propriâ auctoritate ſubjicere pignori, non verò in utilitatem ſuam vel alterius. *l.* 3. *C. Si aliena res.* [Curator adulti, vel tutor pupilli, propriam rem mobilem ejus cujus negotia tuetur, pignoris jure non obligare poteſt, niſi in rem ejus pecuniam mutuam accipiat.] Quodſi in utilitatem ſuã vel alterius oppignoràſſet, convaleſceret pignus ex conſenſu domini poſt perfectam ætatem, art. *l.* 7. *eod.* [Si in rem ſuam acceptâ pecuniâ mutuâ tutor mancipium tuum pignori dedit, nec huic poſt perfectam ætatem conſenſum accommodâſti, pignori res obligari non potuit.]

CONTROVERSIA V.

Quibus obligationibus accedere poßit Pignus aut Hypotheca; & an eadem res ſucceßivè pluribus obligari poßit.

SUMMARIUM.

POſſunt res obligari pro quocunque debito ſecundùm leg. 5. ff. h. t. 914.
An hypotheca in diem conſtituta habeat prioritatem reſpectu abſolutæ tempore poſterioris. 915.
Quidſi in diem dilata ſit non ſolùm pignoris obligatio, ſed etiam mutui numeratio. eod.
An locator potior eſſet creditore, cui res eſſet obligata ante tempus ſolvendæ mercedis. 916.
Quis potior ex creditoribus, uno cui ſub conditione, altero cui abſolutè res oppignoratur. 917.
An ex hypotheca conditionata poſſit agi ante poſitam conditionem. 918.
Generalis hypotheca pluribus fieri poteſt. 920.
Imò & ſpecialis, ſi res ſit ſufficiens utrique debito. 921.
Quidſi non ſit ſufficiens. 922.
An prior creditor conſentiens cenſeatur conſentire, ut ſibi alter præferatur. eod.
An cenſeatur ſimpliciter renuntiare hypothecæ. 923.
Si eadem res inſufficiens duobus obligetur inſciis, quomodo juvetur ſecundus. 924.

914. QUod attinet ad primum membrum tituli hujus, accuratiſſimè & clariſſimè comprehenditur in *lege* 5. *ff. de Pignorib. & Hypoth.* [Res hypothecæ dari poſſe ſciendum eſt

pro quacunque obligatione, ſive mutua pecunia detur, ſive dos, ſive emptio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio & conductio, vel mandatum: & ſive pura eſt obligatio, vel in diem, vel ſub conditione, & ſive in præſenti contractu, ſive etiã præcedat, ſed & futuræ obligationis nomine dari poſſunt, ſed & non ſolvendæ omnis pecuniæ causâ, verùm etiam de parte ejus, & vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantùm naturali: ſed & in conditionali obligatione non aliàs obligantur, niſi conditio exſtiterit.]

915. QUÆRITUR 1. An hypotheca in diem conſtituta habeat prioritatem reſpectu hypothecæ abſolutè conſtitutæ, ſed poſteriori tempore, priùs tamen antequam veniret dies prioris hypothecæ. Ratio dubitandi poterat eſſe, quia per diei adjectionem videri poterat ſuſpenſa hypotheca uſque ad diem inſtar conditionis adjectæ. Nihilominus ℞. affirmativè per textum apertum in *l.* 12. §. 1. *ff. qui pot. in pig.* ibi. [Unde ſi in diem de hypotheca convenit, dubium non eſt; quin potior ſit: licèt ante diem cum alio creditore purè de eadem re convenit.] Itaque quando v. g. mutuum ſub pignore hodie accipitur, ità tamen ut res oppignorata primùm eſſe incipiat poſt menſem, potior eſt talis creditor illo, cui eadem res intra hunc menſem oppignorata fuit.

Aliud dicendum eſſet, ſi in diem dilata eſſet non ſolùm pignoris obligatio, ſed etiam mutui numeratio, v. gr. ſi conveniremus, ut ſi poſt menſem tu mihi numerares mutuum, ego tibi obligarem domum. Ratio diſparitatis eſt, quia in hoc caſu ſicut contractus mutui primùm poſt menſem celebratur, ità & pignoris contractus, in priori autem caſu celebratur ante menſem, licèt effectus differatur in menſem. Item in poſteriore caſu eſt reipſâ contractus conditionatus, nempe. [Si numeraveris pecuniam, erit res obligata. *l.* 11. *ff. eodem.* Potior eſt in pignore, qui priùs credidit pecuniam & accepit hypothecam, quamvis NB. cum alio antè convenerat, ut ſi ab eo pecuniam acceperit, ſit res obligata, licèt ab hoc poſtea accepit: poterat enim licèt antea convenit, non accipere ab eo pecuniam.]

916. QUÆRITUR 2. An locator, domus v. g. ad annum in pignore ſeu hypotheca pro mercede conſtituta, potior eſſet illo creditore, cui eadem res obligaretur ante anni lapſum, adeoque ante contractam obligationem ſolvendi mercedem. Ratio dubitandi eſt, quia obligatio in qua fundatur hypotheca, eſt poſterior, ſicut in præcedente caſu numeratio pecuniæ. Nihilominus affirmativè reſpondetur in lege 9. *ff. eodem*, ubi etiam ratio diſparitatis indicatur. [Qui balneum ex Calendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori eſſet, donec mercedes ſolverentur. Idem ante Calendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit: conſultus, an adverſùs hunc creditorem petentem Erotem, locatorem Prætor tueri deberet: reſpondit (*Africanus*) debere. NB. licèt enim eo tempore homo pignori datus eſſet, quòd nondum quidquam pro conductione deberetur: quoniam tamen jam tunc in ea cauſa Eros eſſe cœpiſſet, ut invito locatore jus pignoris in eo ſolvi non poſſet, potiorem ejus cauſam habendam.]

Ex hac ratione mihi concludendum videtur, quòd etiam in præcedente caſu ſi ſe mutuatarius obligâſſet, de mutuo accipiendo poſt menſem, & alter etiam de eo dando pro pignore, tunc etiam eſſet futurus potior, quia etiam eo invito non poſſet jus pignoris alteri in eodem pignore ſolvi, ut conſideranti patet, & ex ſequenti reſolutione confirmabitur.

917. QUÆRITUR 3. Si priori creditori res eſſet oppignorata ſub conditione de futuro, deinde alteri eadem res oppignoraretur purè, quis eorum potior eſſet? ℞. diſtinguendo inter conditionem poteſtativam, hoc eſt, quæ ſita ſit in poteſtate debitoris, & inter caſualem. In priore caſu potior erit ſecundus creditor præferendus, in priore verò prior. Ità habetur *l.* 9. §. 1. *ff. eod.* [Ampliùs etiam ſub conditione creditorem tuendum putabat (*Africanus*) adverſùs eum, cui poſtea quidquam deberi cœperit: NB. Si modò non ea conditio ſit, quæ invito debitore impleri non poſſit.] Ut cum hac lege cohæreat legis 11. §. primus, intelligendus eſt (quamvis id non exprimat) de conditione cauſali. [Videamus (*inquit Gajus*) an idem dicendum ſit, (*quod prius dictum erat, & paulò antè relatum*) ſi ſub conditione ſtipulatione factâ hypotheca data ſit: quâ pendente alius credidit purè, & accepit eandem hypothecam: tunc deinde prioris ſtipulationis exſtat conditio, ut potior ſit, qui poſtea credidiſſet? Sed vereor, num hic aliud dicendum ſit: cùm enim ſemel conditio exſtitit, perinde habetur, ac ſi illo tempore, quo ſtipulatio interpoſita eſt, ſine conditione facta eſſet: quod & meliùs eſt.] Sed cur perinde eſſet? nempe (ut ex lege 9. relatum eſt) quia in ea cauſa pignus eſſe cœpit, ut invito creditore ejus pignoris ſolvi non poſſet.

918. QUÆRITUR 4. Si debitum eſt abſolutè contractum, ſed hypotheca ſub conditione conſtituta, an poſſit creditor agere hypothecariâ ante poſitam conditionem, debito non ſoluto. vel ſi agere non poſſit, quomodo ipſi à Iure ſit conſultum. Ad hoc habetur reſponſio in *l.* 13. §. 5. *ff. de pignorib.* ibi. [Sed ſi præſens ſit debitum, hypotheca verò ſub conditione, & agatur ante conditionem hypothecariâ: verum quidem eſt, pecuniam ſolutam non eſſe, ſed auferri hypothecam iniquum eſt. Ideoque arbitrio judicis cautiones interponendæ ſunt, ſi conditio exſti-

Digitized by Google

extiterit nec pecunia ſolvatur, reſtitui hypothecam, ſi in rerum natura ſit.] Itaque cautionem exigere poteſt, ſi fortè debitor ſuſpectus eſſet de fuga, aut ad inopiam vergat, ut ſolvendo non ſit. Et hæc circa primam tituli partem. Ad ſecundum accedendo

919. DICENDUM eſt 1. Generalis hypotheca uni facta, non impedit, quin & alteri fiat, imò etiam cum ſpeciali hypotheca alteri facta conſiſtit, adeoque poſterior poteſt inſcio priore conſtitui. Ità communis, & habet quotidiana praxis: quæ omnino neceſſaria eſt ad humana commercia.

920. DICENDUM 2. Si eadem res in ſpecie ſufficiens eſt pro duorum debitis exſolvendis, poteſt eadem res in ſpecie & hypothecâ ſpeciali duobus obligari illis inconſultis. Ratio eſt, quia hoc modo neuter creditor læditur: & habet etiam praxis quotidiana, quâ ſcimus eundem fundum pluribus creditoribus obligari: eſtque textus huc faciens in lege 36. §. 1. *in fine ff. de pign. act.* ibi. [Planè ſi ea res ampla eſt, ceſſare non ſolùm ſtellionatûs crimen, ſed etiam pignoratitiam, & de dolo actionem: quaſi in nullo, captus ſit, qui pignori ſecundo loco accepit.] ubi dum dicitur, ceſſare pignoratitiam, eſt intelligendum, de perſonali, quâ ſolet agi, ut pignus in alia re æquè bona conſtituatur.

921. DICENDUM 3. Si non ſufficiat utrique debito diſſolvendo, tunc priore creditore conſentiente, & poſteriore etiam conſcio, adhuc poteſt utrique obligari. Ratio eſt, quia volenti & conſentienti non fit injuria. & certi juris eſt, quòd poſſit quis dare pignus ſolùm pro parte debiti.

DUBITATUR tamen in caſu quo prior creditor conſentit, ut res alteri obligetur, ſciens non ſufficere utrique ſolvendo, an conſentiat hoc ipſo, ut alter ſibi in concurſu debitorum præferatur. P. Molina *n.* 3. *d.* 532. reſpondet, quod niſi prior creditor ità conſentiat, ut velit alterum præferri in pignore aut hypotheca, prior creditor præferatur poſteriori, ac proinde res illa non maneat obligata poſteriori creditori niſi quoad incrementum (credo velle dicere, quoad illud quo plus valet, quàm debitum creditoris) & ſimul integrè caſu quo priori creditori aliunde fuerit ſatisfactum. Ad quod probandum citat legem 15. §. *ultimum ff. de pignoribus*. Verùm hic textus non loquitur de caſu quo prior creditor conſentit, ut ſecundo oppignoretur eadem res. Sic habet. [Qui res ſuas jam obligaverint, & alii ſecundo obligant creditori, ut effugiant periculum quod ſolent pati, qui ſæpiùs eaſdem res obligant, prædicere ſolent: [alii nulli rem obligatam eſſe, quàm fortè Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem, res ſit obligata.] ut ſit pignori hypothecævé id quod pluris eſt, aut ſolidum: cum primo debito liberata res fuerit. de quo videndum eſt, utrum hoc ità ſe habeat, ſi & conveniat, an & ſimpliciter convenerit de eo quod excedit, ut ſit hypothecæ? & ſolida res ineſſe conventioni videtur, cùm à primo creditore fuerit liberata: an adhuc pars? ſed illud magis eſt, quod priùs diximus.] Senſus eſt, quòd in tali conventione res ſit quidem obligata ſimpliciter ſecundo creditori, quoad exceſſum valoris ſupra primum debitum, attamen ſimul etiam in ſolidum, ſub conditione, ſi priori creditori aliunde ſatisfiat. Ex quo benè colligitur, quòd ſi prior creditor non aliter conſenſerit in ſecundam hypothecam, quàm ſenſu jam dicto, prælationem non amittat.

Verùm manet controverſum apud Jureconſultos, ſi ſimpliciter & ſine hac limitatione conſenſit in ſecundam hypothecam, ſciens non ſufficere ad utrumque debitum, an hoc ipſo cenſeatur renuntiâſſe prioritati & prælationi, quem caſum P. Molina non reſolvit.

923. Aliqui dicunt, talem creditorem cenſeri renuntiare ſimpliciter hypothecæ: & habet hæc ſententia pro ſe textum in lege 12. *ff. quibus modis pig. vel hypot. ſolvitur.* [Paulus reſpondit, Sempronium, antiquiorem creditorem conſentam, cùm debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus ſuum pignoris remiſiſſe videri, non etiam tertium in locum ejus ſucceſſiſſe, & ideò medii creditoris cauſam meliorem effectam.]

Econtrario alii docent, quòd tali renuntiatione ſolùm voluerit eſſe poſterior illo, cui permiſit pignus obligari, de cætero voluerit jus pignoris reſpectu aliorum poſteriorum creditorum ſalvum habere.

Paulò diſtinctiùs loquitur Salycetus, quem ſequuntur poſt Bartolum Neguzantius, Hunnius & alii: Itaque diſtinguit hoc modo. Si creditor conſenſit in certam aliquam perſonam, tunc cenſendus eſt ſibi quoad illam perſonam duntaxat præjudicare voluiſſe; quia huic ſoli favere volebat, &, per vulgaria, conventio duorum tertio nec prodeſſe nec nocere debet. Sin verò non in certam & determinatam perſonam conſenſit, ſed generaliter debitori permiſit rem ſibi pignoratam alii obligare, tunc volunt iſti auctores, pignus quoad omnes amitti.

Hæc ſententia rationi eſt valde conſentanea, neque illi refragatur lex 12. pro ſecunda ſententia allata: ea enim eſt intelligenda in terminis habilibus, quòd nempe jus remiſerit creditor, in quantùm hoc eſt in favorem tertii creditoris, qui tamen in primi creditoris locum eatenus non ſuccedit, quatenus non acquirit jus prælationis reſpectu aliorum creditorum, quibus primus creditor præferendus eſt, & jus prælationis reſpectu illorum retinet.

924. DICENDUM 4. Si debitor eandem rem inſufficientem duobus creditoribus inſciis obliget, habet ſecundus creditor actionem hypothecariam perſonalem, ut alia res ſufficiens pignori ſubjiciatur. Inſuper agere poteſt de cri-

mine

mine *ſtellionatûs* (quod committitur, quando aliquid per calliditatem agitur in fraudem alterius, arbitrio judicis plectendum, nec habet crimen illud in jure nomen ſpeciale, tunc enim generali nomine vocatur Stellionatus) niſi debitor ſolvendo alterutri creditori præveniat. Habentur hæc in *l. 16. §. 1. ff. de pignor. act.* Contrariam pignoratitiam creditori actionem competere certum eſt: proinde ſi rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur: quamvis & ſtellionatûs crimen committat.] Et ſubjungitur, quòd ignorantia excuſet quidem à crimine, ſed non à contraria actione, niſi creditor ſciens accipiat rem alteri obligatam.

CONTROVERSIA VI.

De Vſu, & Fructibus Pignoris traditi.

SUMMARIUM.

SI creditor invito debitore utitur pignore, furtum committit. 925.
An creditor teneatur ad fructus etiam illos, quos ſuâ culpâ non percepit. 926.
Quid juris in domo appignorata quoad penſionem ex inhabitatione percipiendam. 927.

925. CErtum eſt, quòd ſi vel expreſsâ vel prudenter præſumptâ voluntate debitoris, creditor utatur pignore ſibi tradito, v. g. libris, domeſticâ ſupellectile & ſimilibus, nec peccet, nec teneatur ad ullam reſtitutionem, dummodo ille conſenſus ſit ſufficienter liber, & voluntarius, & non ſecundùm quid involuntarius (ut loquuntur Theologi) quemadmodum involuntariè ſolvuntur uſuræ, tunc enim creditor hoc modo extorquendo uſum pretio æſtimabilem committeret uſuram, & teneretur ad æſtimationem ſolvendam, vel in debito compenſandam. Quodſi inſcio & invito debitore creditor utatur pignore, etiam furtum committit, & actione furti conveniri poſſet ſecundùm æſtimationem uſûs, non pignoris, ut cum gloſſa *in l. qui jumenta ff. de furtis*, tradunt Bartolus, Lopez & Molina, & eſt textus apertus in *§. 6. Inſt. de oblig. quæ ex delicto.* [Furtum autem fit, non ſolùm cum quis intercipiendi causâ rem alienam amovet, ſed generaliter cùm quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque ſive creditor pignore, ſive is apud quem res depoſita eſt, eâ re utatur, ſive is qui rem utendam accepit, in alium uſum eam transferat, quàm cujus gratiâ ei data eſt, furtum committit.]

De fructibus etiam dicendum eſt, eos quidem eſſe etiam oppignoratos unà cùm re, ut jam ſuprà dictum, ſi tamen eos creditor vendidit, vel in ſuum uſum convertit, eo quòd ſervari non poterant, teneri creditorem pretium vel realiter vel æquivalenter reſtituere debitori, v. g. computando in expenſas, vel in partem debiti. Imò fructus non intelliguntur (formaliter & civiliter loquendo) niſi deductis expenſis. Colliguntur hæc ex lege 1. *C. de pign. act.* [Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum, qui ſi ſufficiunt ad totum debitum, ſolvitur actio, & redditur pignus, ſi debitum excedunt, qui ſupererunt, redduntur.] *& lege ſeq.* [Quod ex operis ancillæ, vel ex penſionibus domûs, quam pignori detineri dicis, perceptum eſt, debiti quantitatem relevabit.]

926. QUÆRITUR 1. An creditor non ſolùm (dicto modo) teneatur ad fructus actu perceptos, ſed etiam ad illos quos percipere debuiſſet, ſed ſuâ culpâ, quam vi hujus contractûs cavere debet (quænam illa ſit, infrà dicemus) non percepit? Negat Hoſtienſis.

Communis tamen & vera ſententia affirmat, per textus apertos. *l. 2. C. de pignor. act.* [Creditor, qui prædium pignori annexum detinuit, fructus quos percepit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare neceſſe habet.] Item *l. 2. de pactis pignor.* ibi: [Horum mancipiorum operis, quas creditor percepit, vel percipere potuit, in uſuras computatis, & poſt in ſortem.] Ratio eſt manifeſta. Fructus ſunt etiam oppignorati, & conſtituunt pignus adæquatè ſumptum: ergo circa fructus ad eandem culpam præſtandam tenetur, ad quam circa ipſum corpus: ergo ſi ex culpa non percipit, ſuo damno cedet.

Hoſtienſis fundamentum leve eſt, quod ſumitur ex eo, quòd bonæ fidei poſſeſſor non teneatur ad fructus, quos percipere potuit. Reſpondetur, hoc procedere de poſſeſſore bonæ fidei, qui putat rem eſſe ſuam & ſibi fructificare; unde fit, ut nulli ſit obligatus ad aliquam culpam præſtandam.

927. Hinc deducitur, quòd ſi domus ſit oppignorata quæ locari poſſet, & creditor nec ipſe velit habitare pro debita penſione, nec alium conductorem adhibeat, cùm poſſet, teneatur ob culpam ad penſionem. Quodſi tamen nullum conductorem reperire potuit, tunc poſſet ipſe illam inhabitare, quin ad penſionem teneretur, ſi inde nullum commodum reportet, eò quòd nullam domum conducere voluerit, ſed ideo inhabitat, quia ædibus utile eſt, non relinqui vacuas, & ideo potiùs beneficium præſtat. Quodſi fuiſſet conducturus ædes, ſed minùs pretioſas, ad illam ſolummodo penſionem compenſandam teneretur, quam ſolviſſet pro ædibus minùs pretioſis. Addit P. Molina limitationem, niſi libenter etiam tam pretioſas ædes conduxiſſet, ſi earum occaſio oblata fuiſſet: & meritò, nam tunc committeret,

teneret culpam, ſi ædes oppignoratas non conduceret, quia poſſet habere conductorem ſeipſum.

CONTROVERSIA VII.

De Pacto Antichreſeos, & Commiſſorio.

SUMMARIUM.

DEfinitio Pacti Antichreſeos. 928.
Damnatur Iure Canonico. eod.
An licitum ſit pactum, ut debito non ſoluto pignus habeatur in ſolutum. 929.
An ſubintelligenda clauſula: ad juſtum pretium. 930.
An valeat pactum commiſſorium ex intervallo adjectum. 931.
An pactum commiſſorium poſſit juramento confirmari. 932.

928. PActum Antichreſeos (de quo aliquid dixi in tract. de Feudis, ubi ab omnibus admittitur, ſicut & in re genero obligata in dotis numerandæ ſecuritatem per *c. 16. de Vſuris.*) definiri ſolet: [Pactum pignotis contractui adjectum, quo inrer creditorem & debitorem convenit, ut, donec pecunia ſolvatur, creditor ex fundo pignorato in vicem uſurarum fruges percipiat.]

Hoc Pactum etſi Inte Civili non improbetur, quaſi creditori liceat ex pacto fructus ex re oppignorata perceptos lucrari, ità ut illos non teneatur imputare in ſortem, ſed ut propter incertum fructuum eventum & pretium cedant loco uſurarum, niſi tamen aliquo titulo, quos ſuo loco retulimus, agentes de uſuris, excuſetur, Iure Canonico tanquam uſurarium, etſi non expreſſis verbis, implicitè tamen damnatur, dum jubentur fructus in ſortem computari, & poſſeſſiones oppignoratæ reſtitui. *cap. 6. de pignorib.* ibi. [Nos igitur (*Innocent. III.*) attendentes, quòd in talibus perceptio fructuum in ſolutione ſortis accedat, cùm ſecundùm Canonicas Sanctiones fructos reſtitui, & in ſortem debeant computari; conſiderantes etiam, quòd poſſeſſiones ipſæ jam extenuâſſent penitus totum onus, & debitum annullâſſent, ipſas tibi reſtituendas eſſe decernimus.] Ratio eſt clara, quia uſura eſt, quidquid ultra ſortem accipitur, (intelligendo ſortis nomine etiam lucrum ceſſans, & damnum emergens, & quidquid à creditore Iure poteſt æſtimari & actione pignoratitiâ peti) atqui ſi fructus retinerentur ex pacto præcisè titulo incerti eventûs fructuum & pretii, quidquid acciperetur, & quicunque fructus eſſent, ultra ſortem eſſent: ergo pactum de illis percipiendis uſurarium eſſet. Conſtant hæc omnia ex diſputatis prolixè in materia Vſurarum. Et hæc de Pacto Antichreſeos.

De Pacto Commiſſorio actum eſt in Contractu Emptionis, in quo licitum eſt, ſi adjiciatur contractui, ut caſu quo emptor pretium intra certum tempus non ſolverit, emptio ſit nulla.

929. QUÆRITUR in præſenti, an Contractui pignoris apponi poſſit pactum hujusmodi, ut hoc ipſo quòd intra certum tempus debitum non ſolvatur, pignus tranſeat in dominiũ creditoris in ſolutum, vel tanquam venditum. Ad hoc quæſitum reſponſum eſt in tract. de uſura §. 10. & nunc iterum &c. hoc pactum utroque Iure & meritò reprobari & irritum eſſe, ſiquidem pignus plus valeat quàm debitum, & niſi pactum ſolummodo eſſet, ut pignus eſſet venditum juſto pretio, adeoque cum obligatione ſolvendi exceſſum valoris ſupra debitum. Iure Civili improbatur lege 3. *C. de Pactis pignorum & de lege commiſſ. reſcind.* [Quoniam inter alias captiones præcipuè commiſſoriæ pignorum legis creſcit aſperitas, placet infirmari eam, & impoſterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac ſanctione reſpiret.] Exceptio autem in reſponſione adjecta habetur *lege 16. §. 9. ff. de pignorib. Poteſt ità fieri pignoris datio hypothecæve:* ut ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, Iure emptionis poſſideas rem juſto pretio æſtimandam: *hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio.*

Iure Canonico damnatur in cap. 7. *de pignorib.* vel potiùs ſupponitur eſſe improbatum à legibus Civilibus, & hæc improbatio approbatur in dicto cap. illis verbis: *Cùm igitur pactum legis commiſſoriæ ſit in pignoribus improbatum.*

930. DUBITATUR tamen 1. An ſi non eſſet expreſſum, quòd juſto pretio ſit venditum, ſed præcisè diceretur, ut eſſet in ſolutum: an, inquam, ſubintelligenda eſſet limitatio ad juſtum pretium. Affirmat Tiraqnellns, & eum referens VVidman. Ego verò contrarium dicendum exiſtimo. Nam hac ratione eluderetur penitus lex irritans hoc pactum: quia nunquam fortè ſolet fieri aliis terminis, quàm, ut pignus ſit creditoris in ſolutum, hoc eſt, loco debiti. atqui ſecundùm hos AA. ſemper poſſet ſubintelligi: *pro juſto pretio.* Illud tamen admittendum eſt cum communi DD. poſt Covarruv. quòd quando diceretur in pacto: *ut ſit venditum:* ſubintelligeretur: *juſto pretio.* hoc eſt, boni viri arbitrio æſtimando. Et hac viâ poteſt defendi, quod habetur in *lege fin. pr. ff. de contrah. empt.* ubi ſuſtinetur pactum commiſſorium in pignore interpoſitum inter debitorem & fidejuſſorem, etſi non fuerit adjecta mentio juſti pretii. [Titius cùm mutuos acciperet tot aureos ſub uſuris, dedit pignori ſive hypothecæ prædia, & fidejuſſorem Lucium, cui promiſit: *intra triennium proximum ſe eum liberaturum: quòd ſi id non fecit die ſuprà*

ſcriptâ, & ſolverit debitum fidejuſſor creditori, juſſit prædia empta eſſe quæ creditoribus obligaverat. quæro, cùm non ſit liberatus Lucius fidejuſſor à Titio, an ſi ſolverit creditori, empta haberet ſuprà ſcripta prædia. Reſpondit (*Scævola*) ſi non ut in cauſam obligationis, ſed ut empta habeat, ſub conditione emptio facta eſt, & contractam eſſe obligationem.]

931. DUBITATUR 2. An valeat pactum commiſſorium non quidem ſtatim ipſi contractui pignoris adjectum, ſed ex intervallo. Affirmant Bartolus, Panormitanus, Neguzantius, quos ſequitur Hunnius.

Negativa tamen ſententia verior eſt, quam pluribus relatis ſequitur Harpprecht n. 222. Probatur, quia textus allati improbant hoc pactum ſine hujuſmodi exceptione.

Objiciunt adverſarii legem 34. *ff. de pignor. actione*, ad quam tamen eſt expedita reſponſio, caſum illius legis eſſe longè diverſum, nec loqui legem de pacto commiſſorio ex intervallo adjecto, ſed de actuali venditione pro debito poſt motam jam à debitore contractam. Lex ità habet. [Titius cùm crediditſet pecuniam Sempronio, & ob eam pignus accepiſſet; futorúmque eſſet, ut diſtraheret eam creditor, quia NB. pecunia non ſolveretur, petijt à creditore, *ut fundum certo pretio emptum haberet*: & cùm impetrâſſet, Epiſtolam, quâ ſe vendidiſſe fundum creditori ſignificaret, emiſit: quæro an hanc venditionem debitór revocare poſſit, offerendo ſortem & uſuras quæ debentur. Marcellus reſpondit, ſecundùm ea quæ propoſita erant, revocare non poſſe.]

932. QUÆRITUR 3. An pactum commiſſorium poſſit juramento confirmari eo modo quo alii contractus dicuntur juramento confirmari. Affirmat Fachineus, Bachovius, VVidman & alii. Alii longè plures negant. Utrique parti aliquid tribuendum eſt, & fortè plus non intendunt. Abſolutè negandum eſt, contractum firmari: nam illi ſoli contractus firmari poſſunt, qui ex natura rei non ſunt illiciti, nec turpitudinem includunt, aut injuſtitiam: atqui pactum comiſſorium eo modo quo reprobatur, includit uſuram illicitam. Ergo hoc ſenſu confirmari non poteſt. Et hoc volunt AA. ſecundæ ſententiæ.

Primæ ſententiæ hoc ſolùm concedi poteſt, quòd debitor poſſet ſe juramento obligare ad non repetendum pignus. hoc enim abſque ulla iniquitate aut ſalutis diſpendio ſervare poteſt; per hoc tamen creditor nullum Ius acquirit, nec in conſcientia liberatur ab onere reſtituendi exceſſum ſupra debitum, ſicut Uſurarius tenetur reſtituere uſuras acceptas.

CONTROVERSIA VIII.

De Culpa à Creditore præſtanda.

SUMMARIUM.

AD quam culpam præſtandam teneatur creditor. 933.

Intellectus legis 13. cum ſeq. ff. de pig. act. 934. *& ſeq.*

Quid ſi pignus pereat ex uſu creditoris cum præſumpta facultate. 936.

Defenditur ſententia P. Molinæ, quòd pereat creditori. 937.

Quid ſi in creditore culpa præceſſit, unde natus eſt caſus fortuitus. 938.

Quid ſi Creditor propriâ auctoritate pignus occupavit, & periit. 939.

Quid ſi fuit in mora reſtituendi. eod.

Creditor in pignore prætorio vel Iudiciali tenetur ſolùm ex dolo & lata culpa. 940.

DUm Creditor pignus detinet, cura illius ad eundem ſpectat, tanquam res ejus cuſtodiæ ſubjecta. Hinc

QUÆRITUR 1. Ad quam culpam præſtandam teneatur.

933. DICENDUM eſt, loquendo de pignore conventionali, creditorem teneri ſolùm ex culpa lata & levi, non autem leviſſima, multò minùs ad caſum fortuitum. Deducitur ex regula generali, quòd in illis contractibus, qui utriuſque contrahentium utilitatem ſpectant, culpa ſolummodo levis cavenda ſit. Et hoc ſenſu debet intelligi quod habetur §. 4. *Inſt. quib. mod. re.* [Sed quia pignus utriuſque gratiâ datur, & debitoris, quò magis pecunia ei credatur, & creditoris, quò magis ei in tuto ſit creditum, placuit ſufficere, ſi ad eam rem cuſtodiendam exactam diligentiam adhibeat, quam ſi præſtiterit, & aliquo caſu fortuito rem amiſerit, ſecurum eſſe, nec impediri creditum petere.] Ubi culpa leviſſima videtur ſub caſu fortuito (à quo vix differt) comprehenſa, alioquin dicendum eſſet, quòd etiam culpa leviſſima præſtanda eſſet, quod non cohæreret cum regula in ipſo §. adducta.

934. Illud miror, quòd P. Molina pro hac concluſione adducat legem 13. in fine, cum lege ſequenti. *ff. de pignor. act.* Quandoquidem in hac lege potiùs videatur aſſeri, quòd Creditor teneatur ex culpa leviſſima, requirit enim eandem diligentiam quam in Commodatario, & ſic habet. [Venit autem in hac actione & dolus, & culpa ut in commodato: venit & cuſtodia: vis major non venit.] Ecce! ſolum caſum fortuitum excipit, in reliquo æquiparat Commodatario.

Ob hujus ergo textûs difficultatem variæ interpretationes excogitatæ ſunt: augetúrque difficultas ex lege 19. *C. de pignorib.* quæ ſic habet.

lib. [Sicut vim majorem pignorum creditor præſtare non habet neceſſe, ità dolum & culpam, ſed & NB. cuſtodiam exhibere cogitur.] Quando autem in aliis contractibus extra depoſitum cuſtodia requiritur, exactiſſima diligentia denotatur, ut ex variis textibus ſuperiùs allatis liquet, & hîc notat Hunnius, ſed ad ipſam difficultatem aliud non reſpondet, quàm referendo divinatorias reſponſiones Boceri & Donelli. Prior enim dicit, ſicut etiam Harppreeht & Cuiacius, textus eſſe intelligendos de caſu, quo pignus in ſolius creditoris commodum datur: qui caſus erit propè Metaphyſicus, cùm tamen lex loquatur generaliter, & utique de caſibus ordinariis. Donellus ait, per *Cuſtodiam* non intelligi niſi illam diligentiam quæ opponitur culpæ levi. Sed per hanc reſponſionem non ſolvitur difficultas, proveniens ex comparatione cum Commodatario.

935. Aliter ergo ad difficultatem reſpondeo, comparationem cum commodatario inſtitui, ſalvâ ſemper regulâ generali, deſumptâ ex commodo & utilitate contrahentium. Itaque creditor tenetur ad illam diligentiam ad quam tenetur commodatarius, quando contractus commodati reſpicit utilitatem & commodum utriuſque contrahentis: atqui tunc ſolùm tenetur ad culpam levem, ut in contractu commodati dictum eſt: ergo creditor etiam ſolùm tenebitur ad culpam levem quando utriuſque commodo cedit contractus. Quando autem cedit comodo ſolius creditoris, v. g. quia etiam abſq; pignore credidiſſet, ſed debitor ultro offert pignus, tunc tenebitur ad diligentiam oppoſitam culpæ leviſſimæ, ſicut commodatarius, quando contractus ejus ſolius utilitatem ſpectat. Et hoc modo puto comparationem à legibus inſtitutam eſſe, quandoquidem Iura de Commodato valdè accuratè has obligationes diſtinguunt, ut videre licet in textibus ibi adductis.

936. QUÆRITUR 2. Si creditor bonâ fide arbitraretur, debitorem eſſe contentum, ut utatur pignore (eſto à parte rei fortè ſit invitus debitor) & occaſione talis uſûs periret pignus non ſimiliter periturum apud debitorem, an pignus periret creditori, an debitori. P. Molina d. 535. n. 10. reſolvit, quòd periret creditori, & remittit lectorem ad diſp. 295. ubi egit de commodatario ſimiliter utente re commodatâ, aitque hæc eſſe creditori, locatori & commodatario communia.

Nihilominus non deeſt ratio dubitandi. Nam bona fides excuſat in conſcientia, ut non peccet creditor: ergo non videtur ad illum ſpectare interitus rei, qui videtur planè eſſe fortuitus.

937. Adhuc tamen doctrina P. Molina tenenda videtur. Ratio eſt. Quia uſus rei oppignoratæ non eſt illi permiſſus. Ergo ſi utatur illâ re ex præſumpta voluntate, debet uti ſub hac tacita conditione: *Si tamen reverà dominus ſit invitus, volo uti meo periculo.* Quia meritò debet ſupponere, quòd dominus pignoris non aliter ſit contentus, ut pignore utatur, quàm, ut utatur ſuo periculo.

Quòd caſus fortuitus ad debitorem ſpectet, conſtat ex plurimis legibus *§. 4. I. quib. mod. re. jam rélato.* clariſſimè verò lege *6.* ubi ſpecialiter illud advertitur, quòd adhuc debitum peti poſſit. [Quæ fortuitis caſibus accidunt, cùm prævideri non potuerit (in quibus etiam aggreſſura latronum eſt) nullo bonæ fidei judicio præſtantur: & ideo creditor pignora, quæ hujuſmodi caſu interierint, præſtare non compellitur: nec NB. à petitione debiti ſubmovetur.] Hac occaſione,

938. QUÆRITUR 3. Si ex parte creditoris aliqua culpa præceſſit, quæ cauſam præbuit caſui fortuito, v. g. rixas incepit: materias igni concipiendo obnoxias incautè tractavit, unde interitus rei oppignoratæ vel injuriâ inimici, vel incendio interitus ſecutus eſt, an tunc ad creditorem ſpectet. Reſpondent communiter poſt gloſſam in *l. 7. C. eod.* affirmativè. Ratio eſt, quia jam radicaliter & originaliter ex culpa procedit damnum. Hoc tamen ego limitandum exiſtimo, ut tunc ſolùm procedat, quando culpa ejuſmodi eſt, ut per ſe loquendo talis caſus fortuitus cum illa ſoleat eſſe connexus, (ut in ſecundo exemplo contingit) & ideo poteſt prævideri: ſecùs, ſi prorſus per accidens fiat, nec ſoleat per ſe loquendo talis interitus ex illa culpa contingere, adeoque nec poſſit prudenter timeri aut prævideri, ut in exemplo primo de rixa contingit. quis enim dicat, condemnandum creditorem tanquam ex culpa, ſi fortè famulum aſperiùs quàm decebat, corripuit, & famulus ex ira domum incendit?

939. Huc etiam revocari poſſe videtur, ſi creditor pignus propriâ auctoritate, abſque facultate à debitore accepta, occupet, & deinde caſu fortuito pereat, non eodem modo apud debitorem periturum. Exemplum aptiſſimum habetur in *l. 30. de pignor. act.* [Qui ratiario crediderat, cùm ad diem pecunia non ſolveretur, ratem in flumine ſuâ authoritate detinuit: poſtea flumen crevit, & ratem abſtulit: Si invito ratiario retinuiſſet, ejus periculo ratem fuiſſe reſpondit (*Iulianus.*)

Idem dicendum, ſi quidem pignus à debitore accepiſſet, ſed in mora reſtituendi fuiſſet. hæc enim mora culpabilis eſt, & ſuo auctori nocere debet. perinde enim eſt in effectu, ac ſi pignus ſuâ auctoritate abſtuliſſet: nam qui rem alienam ſine jure retinet, continuò cenſetur auferre, ut dictum eſt tract. 2. cùm explicarem præceptum reſtituendi, an ſit affirmativum vel negativum. Et hactenus de Pignore Conventionali. Nunc

940. DICENDUM 2. Creditor in pignore prætorio vel judiciali tenetur ſolùm ex dolo & culpâ lata (quæ dolo comparatur, & ejus nomine ſæpè venit) *l. 9. §. 5. ff. de rebus auctor. Iud. poſſidend.* [Eſt præterea quæſitum: ſi deteriora prædia facta fuerint ſine dolo creditoris; vel jura eorum amiſſa, vel ædificia diruta, vel exuſta: ità familiæ pecorúmque acta cura non ſit, aut poſſeſſio alii tradita, ſine dolo tamen malo, an teneatur? & apparet eum non teneri, quia dolo malo caret: eritque NB. melior ejus conditio; quàm in pignore creditoris, qui non tantùm dolum malum, verùm culpam quoque debet.]

CONTROVERSIA IX.

Quænam Actiones competant ex Contractu Pignoris & Hypotheca.

SUMMARIUM.

Quando, & ad quid detur debitori actio pignoratitia perſonalis directa. 941.
Si aliud debitum ſupervenit, an pignus poſſit retineri donec ſolvatur. 942.
Quid juris, ſi ſolutio facienda hæredibus creditoris, nec tamen omnibus facta. 943.
Ad quid competat creditori actio Pignoratitia contraria perſonalis. 944.
Serviana actio competit Locatori prædii ruſtici: ejus definitio. 945.
Quaſi Serviana competit cuivis creditori. eod.
Quid probandum ſit actori in hac actione. 946.
Principalis debitor priùs actione perſonali conveniendus. 947.
Actione hypothecariâ conveniuntur hæredes ſinguli in ſolidum, & in hoc differt à perſonali pignoratitia. 948.

941. DICENDUM 1. Debito integrè ſoluto vel oblato, conſignato & depoſito, unà cum uſuris (ſi quidem etiam pro his fuit res oppignorata) niſi aliud debitum intervenerit, datur debitori actio Pignoratitia Perſonalis directa, quâ agit contra creditorem; vel hæredes ejus, ut pignus integrum unà cum fructibus reſtituat, & ſi ex culpa deterius reddidit, damnum reſarciat, niſi in debito fuerit compenſatum: quod ſi interierit ex culpa, tunc agit ad reſtituendum exceſſum valoris ultra debitum. Colliguntur hæc tum ex dictis, tum ex *l. 11. C. de pignor. act.* [Pignoris cauſâ res obligatas, ſoluto debito reſtitui debere, pignoratitiæ actionis natura declarat. & *lege ſequente.* Quominus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habitâ ratione, ac reſiduo debito ſoluto, vel ſi per creditorem factum fuerit, quo minùs ſolveretur, oblato & conſignato & depoſito, pignora, quæ in eadem cauſa durant, reſtituat debitori, nullo ſpatio longi temporis defenditur.]

Dixi 1. *unà cum uſuris.* Nam ſi pro his etiam pignus obligatum eſt, illis non ſolutis non habet locum actio pignoratitia. *l. 11. §. 3. ff. eod.* ibi. [Sive autem uſuræ in ſtipulationem deductæ ſint, ſive non, ſi tamen pignus & in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pignoratitia ceſſabit.] Hoc tamen intelligendum eſt de uſuris licitis. Et ſanè in praxi videtur ſemper pignus pro his obligatum, quia uſuræ licitæ evadunt parꝗ ſortis, ſeu debiti adæquatè ſumpti.

942. Dixi 2. Niſi aliud debitum intervenerit. tunc enim, ſi ſupervenit, etiamſi non fuerit res pro hoc debito oppignorata, poteſt tamen retineri pignus donec ſolvatur. De hoc eſt titulus in Codice. *Etiam ob chyrographariam pecun. pig. retineri.* ibi. [Si in poſſeſſione fueris conſtitutus, niſi ea quoque pecunia tibi à debitore reddatur vel offeratur, quæ ſine pignore debetur, eam reſtituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam ſolam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, niſi pro illa etiam ſatisfecerint, quam mutuam ſimpliciter acceperunt.] Quæ ratio non procedit in uſuris, ſi pro his non eſt pignus expreſsè obligatum, quia illa ſumma non eſt mutuò accepta. Procedit tamen illa ratio etiam in mutuo accepto ante pignoris traditionem, ut conſideranti patet: dolo enim agit, qui vult ſolvere debitum habens pignus conſtitutum, & non aliud.

Dices. Ergo ſi Petrus debitor haberet duos creditores, unum hypothecarium, alium ſolùm chyrographarium, ſi ſolveret integrè priori, poſſet nihilominus retinere pignus, donec etiam chyrographario ſolveret. ℞. Negando paritatem. Diſparitas benè aſſignatur in eadem lege verbis ſequentibus: [Quod in ſecundo creditore locum non habet: nec enim neceſſitas ei imponitur, chyrographarium eraꝛ debitum priori creditori offerre.] Quaſi diceret: non intereſſe creditoris hypothecarii, an ſolvatur chyrꝛgrapharius necne. Sicut ipſius intereſt, omne debitum ſolvi.

943. Quæres. quid juris ſit, ſi ſolutio facienda eſt hæredibus creditoris, & uni quidem ſua pars ſoluta eſt, non reliquis. ℞. Poſſe adhuc hæredes pignus retinere: imò etiam denique non factâ ſolutione vendere, poſtea tamen tenentur debitori reſtituere id quod cohæredi ſolutum eſt. *l. 11. §. 4. ff. eod.* [Si creditori plures hæredes extiterint, & uni ex his pars ejus ſolvatur, non debent cæteri hæredes creditoris injuriâ affici: ſed poſſunt

Digitized by Google

poſſunt totum fundum vendere, oblato debitori eo, quod cohæredi eorum ſolvit.] Ratio eſt, quia plures hæredes conſiderantur inſtar unius, quia unum repræſentant, adeoque omnes habent æquale jus in pignore, quia omnes ſuccedunt in jura defuncti.

944. DICENDUM 2. Creditori competit actio pignoratitia perſonalis contraria ad id conſequendum, quod ſibi pignoris nomine probabiliter abeſt, ut ſunt impenſæ; vel ſi deceptus ſit, alieno ſuppoſito pignore, ſi ex pignore damnum paſſus ſit, &c. *l. 8. ff. de pign. act.* [Si neceſſarias impenſas fecerim in ſervum, aut in fundum, quem pignoris cauſâ acceperim, non tantùm retentionem, ſed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo.] Ex qua lege (ſicut & pluribus aliis) conſtat, poſſe creditorem propter expenſas neceſſarias retinere pignus, donec expenſæ ſolvantur. Et licèt leges loquantur tantùm de expenſis neceſſariis, hoc ipſum tamen extendit P. Molina cum gloſſa & aliis etiam ad expenſas utiles, dummodo eæ non ſint exceſſivæ, & quas debitor ob ſuam inopiam fortè nollet fieri, aut ex alia rationabili cauſa, quo caſu pignus quidem reddendum eſſet, ſoluto principali debito, ſed ſucceſſu temporis eas ſolvere teneretur debitor ex fructu aut commodis pignoris.

945. DICENDUM 3. Præter hanc actionem pignoratitiã contrariam, & perſonalem competit Creditori Locatori prædii ruſtici actio realis prætoria à Servio prætore introducta, & inde *Serviana* dicta (de qua in contractu locationis conductionis actum eſt) definiturque à Boceto th. 69: [Vindicatio, quâ creditor res coloni in fundum conductum illatas vel invectas, & expreſsâ conventione pro mercede locationis, & deterioratione fundi pignori ſuppoſitas, ab earum quovis poſſeſſore petit.] De hac nihil reſtat in præſenti dicendum.

Ad hujus Servianæ ſimilitudinem introducta eſt *quaſi Serviana*, quæ cuivis creditori tam ratione pignoris in ſpecie ſumpti, quàm ratione hypothecæ in ſpecie ſic dictæ conceditur, & definitur, *Vindicatio quâ creditor perſequitur res pignori ſibi expreſsè vel tacitè obligatas.* Porrò in appellationibus hujus actionis nullus eſt ſcrupulus habendus: nam aliquando etiam vocatur ſimpliciter *Serviana* abſque addito: *Quaſi. l. 3. pr. ff. de pignorib. l. 7. & 10. eod.* aliquando vocatur *Utilis Serviana. l. 4. C. de Precario. l. 1. C. communia de legat.* Aliquando & maximè propriè ac communiùs: *Hypothecaria actio. §. 7. Inſt. de act. Item Serviana & quaſi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipſius prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt.*

946. DICENDUM 4. In hac actione hypothecaria duo ſunt actori probanda. Primum: quòd res, quam perſequitur, fuerit ſibi à debitore oppignorata ſeu in hypothecam conſtituta. Secundum: quòd tempore contractûs fuerit in bonis debitoris. Quòd autem poſtea deſierit eſſe in bonis debitoris nihil obſtat, tranſit enim cum onere ſuo. Unde *in l. 2. ff. de pign.* dicitur: [Si ſuperatus ſit debitor, qui rem ſuam vindicabat, *quod ſuam non probaret,* æquè ſervanda erit creditori actio Serviana, probanti *rem in bonis illius eo tempore quo pignus contrahebatur fuiſſe.*

947. DICENDUM 5. Priuſquam Serviana, vel quaſi Serviana ſeu hypothecaria actio inſtituatur contra extraneum poſſeſſorem, actione perſonali conveniendus eſt & excutiendus reus principalis ſeu debitor, ejuſque hæredes & fidejuſſores. Dixi: *contra extraneum poſſeſſorem.* Nam ſi ipſe debitor poſſideat, hoc non eſt neceſſe. Ità habetur *l. 24. cum auth. ſeq. C. de pignorib.* lex ità habet. [Perſecutione pignoris omiſſa debitores actione perſonali convenire creditor urgeri non poteſt.] Et ſtatim ſubjungitur *Auth.* [Hoc, ſi debitor poſſideat. alio verò poſſidente inhibetur hypothecaria, donec perſonaliter actum ſit cum reo, & interceſſore; ſi nec ex hypothecis debitoris ſatisfiat, tunc demum interceſſoris hypothecæ ſi quæ ſunt, petuntur, quod jus & in hæredibus locum habet.] Primò ergo inſtituenda eſt actio perſonalis (ſi pignus apud alium extraneum eſt) contra debitorem, ejuſque hæredes, & fidejuſſores. Quodſi hinc non ſatisfiat, actioni hypothecariæ locus eſt contra extraneum quemcunque poſſeſſorem: quodſi nec hinc obtineatur plena ſolutio, denique adverſùs res fidejuſſorum, ſi quæ fuerunt hypothecæ ſubjectæ hic ordo præſcribitur *in cap. 2. Novellæ 4.* [Sed nec ad res debitorum quæ ab aliis detinentur, veniat priùs antequam tranſeat viam ſuper perſonalibus contra mandatores & fidejuſſores & ſponſores, ſicque ad res veniens principalis debitoris ſive (id eſt: *etſi*) ab alio detineantur, & detinentes eas conveniens. Sin neque inde habuerit ſatisfactionem, tunc veniat adverſùs res fidejuſſorum, & mandatorum, & ſponſorum, &c. Contra principales tamen exiſtentes apud eos res, ſive perſonalibus ſive hypothecariis modo ſive ambabus uti voluerit, omnem ei damus licentiam.]

948. DICENDUM 6. Actione hypothecariâ conveniuntur hæredes ſinguli in ſolidum, & in hoc differt valdè actio hypothecaria à perſonali pignoratitia: ut habetur *l. 2. C. Si unus ex pluribus.* [Actio quidem perſonalis inter hæredes pro ſingulis portionibus quæſita ſcinditur, pignoris autem jure multis obligatis rebus quas diverſi poſſident; cùm ejus vindicatio non perſonam obliget, ſed rem ſequatur: qui poſſident, tenentes non pro modo ſingularum rerum ſubſtantiæ conveniuntur, ſed in ſolidum, ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent cedant.

CONTROVERSIA X.

Quibus modis Pignoris obligatio diſſolvatur.

SUMMARIUM.

Diſſolvitur obligatio ſolutione, vel depoſitione debiti. 949.

Item ſi conſentiente creditore alienatur res obligata. 950.

Item præſumitur remiſſum pignus ultroneâ ejuſdem rei reſtitutione. 951.

Non præſumitur tamen remiſſum ex ſola taciturnitate creditoris. 952.

Si tamen aliæ circumſtantiæ accederent, poſſent fundare præſumptionem. 953.

Quid ſi res venderetur à fiſco. eod.

Quid ſi conſenſit creditor in alienationem, ſed hæc non eſt ſecuta. 954.

An ſufficiat conſenſus Procuratoris generalis. 955.

Quid ſi res per alienationem liberata redeat ad debitorem, cujus omnia bona ſunt hypothecata creditori conſentienti: an redibit obligatio. 956.

Extinguitur obligatio pignoris novatione. 957.

Item interitu totali rei etiam morali. 958.

An poſſit debitor liberare pignus oblatione alterius rei æquè idoneæ. 959.

An poſſit ſolo conſenſu diſſolvi, ſi pignus traditum eſt. 960.

949. DICENDUM 1. Hoc ipſo quòd debitor integrum debitum creditori exhibeat, vel, eo recipere recuſante obſignet, & ſolenniter deponat, pignus aut hypotheca liberatur, ità ut creditor reſtituere teneatur, & actione pignoratitiâ directâ conveniri poſſit, ſicut & rei vindicatione. *l.* 10. *C. de pignor. act.* [Nec creditores, neque qui his ſucceſſerunt, adverſus debitores pignori quondam res nexas petentes, redditâ jure debiti quantitate, vel his non accipientibus oblatâ & conſignatâ & depoſitâ longi temporis præſcriptione muniri poſſunt. Unde intelligis, quòd ſi originem rei probare poſſis, adverſario tenente vindicare dominium debes.] Idem habetur *l.* 3. *C. de luit. pign.* & aliis pluribus.

Non eſt autem neceſſe, ut ſolutio fiat ab ipſo debitore; perinde eſt, ſi ab alio, etiam eo ignorante, fiat illius nomine ſeu loco. *Inſt. pr. quibus modis toll. obl.* ibi. [Nec intereſt quis ſolvat, utrum ipſe qui debet, an alius pro eo, liberatur enim & alio ſolvente, ſive ſciente ſive ignorante debitore vel invito eo ſolutio fiat.] Et hîc locum habet vulgare, quòd ablato principali tollatur acceſſorium. Pari modo non eſt neceſſe, ut ipſi creditori immediatè ſolvatur, ſatis eſt, ſi ſolvatur illi, qui ejus nomine poteſt ſolutum accipere, qualis quandoque eſt creditor mei creditoris, ut in exemplo quod habetur *l.* 11. §. 5. *ff. de pign. act.* [Solutam autem pecuniam accipiendam non ſolùm, ſi ipſi cui obligata res eſt, ſed & ſi alii ſit ſoluta voluntate ejus, vel ei qui hæres exiſtit, vel procuratori ejus, vel ſervo pecuniis exigendis præpoſito: unde ſi domum conduxeris, & ejus partem mihi locaveris, egóque locatori tuo penſionem ſolvero, pignoratitiâ adverſùs te potero experiri. Nam Julianus ſcribit, ſolvi ei poſſe.]

950. DICENDUM 2. Si necdum pignore aut hypothecâ per ſolutionem liberatâ debitor pignus aut hypothecam conſentiente creditore alienet, cenſetur obligationem pignoratitiam creditor remiſiſſe, & ſic res ad novum Dominum absque reali onere reſpectu conſentientis creditoris tranſire; etſi cum onere tranſiret, ſi inſcio illo alienaretur, niſi poſtmodum venditionem ratam haberet. Semper tamen ſubintelligendo, niſi conſenſiſſet, aut approbâſſet: ſalvo ſuo Iure pignoris. *l.* 4. §. 1. *ff. quib. mod. pig.* [Si in venditione pignoris conſenſerit creditor, vel, ut hanc rem creditor permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari: niſi ſalvâ causâ pignoris ſui conſenſit. (*& paulò póſt*) ſed etſi non conceſſerat pignus venundari, ſi ratam habuit venditionem, idem erit probandum.]

Hinc infertur, quòd ſi duobus eadem res oppignorata eſt, & illi ſimul emant à debitore, cenſeantur ſibi Ius pignoris remiſiſſe, & ità reſolvitur hic caſus *in l.* 9. *pr. ff. eod.* [Titius Sempronio fundum pignori dedit, & eundem fundũ poſtea Gaio Seio pignori dedit: atque ità idem Titius Sempronio & Gaio Seio fundum eundem in aſſem vendidit, quibus pignori dederat antè in ſolidum ſingulis: quæro an venditione interpoſitâ Ius pignoris extinctum ſit, ac per hoc Ius ſolum emptionis apud ambos permanſerit: Modeſtinus reſpondit, Dominium ad eos, de quibus quæritur, emptionis Iure pertinere, cùm conſenſum mutuò venditioni dediſſe proponantur, invicem pignoratitiam actionem eos non habere.]

951. DICENDUM 3. Creditor reſtituendo pignus debitori, ſi non conſtet, quòd ad alium finem reſtituerit, cenſetur obligationem pignoris remiſiſſe, ſed non hoc ipſo debitũ, niſi hoc ulteriùs exprimeret. Si tamen redderet debitori inſtrumentum ſeu Chyrographum debiti cum pignore nexi, cenſeretur utrumque remiſiſſe. Prima pars habetur *l.* 3. *ff. de Pactis.* [Poſtquam pignus vero debitori reddatur, ſi pecunia ſoluta non fuerit, debitum peti poſſe, dubium non eſt, niſi ſpecialiter contrarium actum eſſe probetur.] Ratio eſt, quia pignus eſt acceſſorium, extincto autem acceſſorio non hoc ipſo tolli-

tollitur principale. Secunda pars habetur *l.* 7. *C. de Remiſſ. pig.* [Creditricem patrui tui ſub obligatione fundi qui per Chyrographum neaus pignori fuerat, jubentem eandem cautionem reddi, pignoris etiam Ius remiſiſſe videri manifeſtum eſt.] Et ratio eſt ex oppoſito fundamento, quòd ſublato principali tollitur acceſſorium.

952. DICENDUM 4. Sola alienationis ſcientia, imò præſentia & taciturnitas, non eſt ſufficiens ſignum tacitæ remiſſionis, nec fundat Iuris præſumptionem, niſi Fiſcus venderet. *l.* 8. §. 15. *ff. quib. mod. pign.* [Non videtur autem conſenſiſſe creditor, ſi ſciente eo debitor rem vendiderit; cùm ideo paſſus eſt venire, quòd ſciebat, ubique pignus ſibi durare.]

Quodſi tamen venditionis tabulis ſubſcripſiſſet, neque ad ſubſcribendum deceptus fuiſſet, tunc tacitus conſenſus præſumeretur, pignus remittere voluiſſe, ut in citata lege ſtatim ſubjungitur. Quod tamen iterum limitandum eſt, niſi ſubſcripſiſſet merè ut teſtis, quod benè obſervavit gloſſa. ut teſtis, inquam, venditionis. nam ſi ſubſcripſiſſet ut teſtis, quòd res illa nulli ſit obligata, utique obligationem remiſiſſe dicendus eſſet: neque alleganti turpitudinem mendacii credetetur.

953. Dixi in Concluſione 1. *Sola præſentia & taciturnitas.* nam ex adjunctis aliis circumſtantiis utique poteſt ſufficere, v.g. ſi taceret, quando actus aliter validus non eſſet, niſi pignus ceſſet. Caſus habetur in lege 1. *C. de remiſſ. pig.* [Si te manumiſſum & in libertate moratum, ſciente eâ, cui pignoris nomine obligatus diceris, Præſidi probaveris, ex conſenſu creditricis remiſſam pignoris obligationem apparebit, & per hoc jure manumiſſum, nec ab hærede creditricis in ſervitutem peti poſſe creditum eſt.] Idem eſt, ſi ſciens taceat, & ſervum ordinari ſacris permittat, alioquin cenſeretur Epiſcopum velle decipere, qui eum non ordinaret, niſi manumiſſum. Idem eſſet, ſi ſciens bona debitoris ſub haſta vendi ad inſtantiam aliorum creditorum ipſe non compareret. *l.* 6. *C. eod.* [Si eo tempore, quo prædium diſtrahebatur, programmate admoniti creditores cùm præſentes eſſent, Ius ſuum exequuti non ſunt, poſſunt videri obligationem pignoris amiſiſſe.]

Dixi 2. Niſi Fiſcus venderet. Nam in favorem Fiſci cenſeretur pignoris obligatio remiſſa. *l.* 8. *C. eod.* [Si hypothecas fiſco diſtrahente creditores ſilentio tradiderunt negotium, palam eſt, etiam actionem amiſiſſe eos, quam in rem habebant, nam & fiſcalis haſtæ fides facilè convelli non debet.] Ubi ultimis verbis inſinuatur ratio. quia fiſcus vendit illas res tanquam liberas: ergo ſi non ſunt liberæ, deberet creditor monere, ne à fiſco emptor decipiatur, & minor fides fiſco habeatur, ſicque homines ab emendo à fiſco retardentur.

954. DICENDUM 5. Conſenſus creditoris in pignoris diſtractionem, non tollit ſo ſolo obligationem pignoris, ſed hæc ſublatio pendet à ſecutura diſtractione, quæ ſi non ſequatur, vel ſi venditio v. g. ex alio capite ſit nulla, manet obligatio pignoris. Ratio eſt, quia ſub hac conditione videtur conſenſiſſe, ſi diſtrahatur. Habetur Concluſio in *l.* 4. §. 2. *ff. quib. mod. pig.* [Bellè quæritur, ſi fortè venditio rei ſpecialiter obligatæ non valeat, an nocete hæc res creditori debeat, quòd conſenſit: ut puta, ſi qua ratio Iuris venditionem impediat. Dicendum eſt pignus valere.] Idem eſt, ſi in eum finem conſentiret, ut ex pretio ſolveretur debitum: nam per hanc ſolutionem primùm extingueretur pignoris nexus, quæ ſi non ſequeretur, poſſet creditor pignus apud emptorem, & quemcunque alium poſſeſſorem perſequi. §. 6. *eod.* ibi. *Nam ſi non venierit, non eſt ſatis ad repellendum creditorem, quòd voluit venire.*

955. DICENDUM 6. Procurator generalis Creditoris niſi habeat ſpeciale mandatum, vel *cum libera*, non poteſt ſuo conſenſu in alienationem tollere obligationem pignoris. *l.* 7. §. 1. *eod.* ibi. *Et dicendum eſt, non poſſe, niſi ſpecialiter hoc eis mandatum eſt.* & §. 2. ſubjungitur, quid Iuris ſit, ſi creditor det facultatem vendendi generali procuratori debitoris. *Sed ſi cum debitoris procuratore convenit, ne ſit res obligata, dicendum eſt, id debitori per doli exceptionem prodeſſe.*

956. DICENDUM 7. Creditor per conſenſum in alienationem pignoris adeo ſibi præjudicat, ut, etiamſi debitoris omnia bona tam præſentia quàm futura ſibi habeat obligata, in re tamen ſic alienata non recuperet pignus, etiamſi ad eundem debitorem ex alia cauſa diverſa ejuſdem rei dominium redierit, ſecùs ſi ex eadem cauſa v.g. revenditionis. Quæ Concluſio meritò ab antiquis Iuriſperitis in dubium vocata eſt, ſed ab Imperatore Iuſtiniano firmata in *l.* 11. *C. de remiſſ. pign.* & ſic habet. [Solitâ providentiâ utimur etiam de pignoribus vel hypothecis rerum, quæ quibusdam creditoribus ſuppoſitæ poſtea à debitoribus venduntur, vel alio modo transferuntur, creditore ſuum conſenſum contractui præbente & quodam legitimo poſtea modo res ad priorem Dominum revertuntur. In hoc etenim caſu diverſæ ſententiæ à legum prudentibus habitæ ſunt: quibusdam dicentibus, Ius pignoris creditori renovari, propter verbum: *futurarum rerum*, quod in generalibus hypothecis poni ſolitum eſt: aliis, penitus extingui. Nobis autem viſum eſt, eum qui ſemel conſenſit alienationi hypothecæ, & hoc modo ſuum Ius reſpuit, indignum eſſe, eandem rem, utpote ab initio ei ſuppoſitam vendicare, vel tenentem inquietare.]

Dixi in Concluſione: *ſecùs ſi ex eadem cauſa.* ex qua fuit alienatum: item, ſi ex cauſa connexa, v. g. quia fuit alienatum cum pacto de re-ortvendendo, & deinde fuit redemptum: item, ſi fuit

Digitized by Google

fuit redhibitum, vel reſoluta venditio ob pactum legis commiſſoriæ, ſicque res redeat ad priſtinum Dominum, vigore illius contractûs taliter celebrati, tunc enim unà cum dominio redit pignoris obligatio: quia alienatio non fuit firma, & ſta bilis. Habetur *l. 10. ff. eod.* [Voluntate creditoris pignus debitor vendidit; & poſtea placuit, inter eum & emptorem, ut à venditione diſcederent, Ius pignorum ſalvum erit creditori. Nam ſicut debitori, ità & creditori priſtinum Ius reſtituitur: neque omnimodo NB. Creditor pignus remittit, ſed ità demum, ſi emptor rem retineat, nec reddat venditori.] Et hujus ratio optima redditur in *§. ult. eod. Non enim quia dominium transferunt, ideo ab emptore Ius ejus recipiunt, ſed NB. in priſtinam cauſam res redit reſolutâ venditione.*

957. DICENDUM 8. Obligatio pignoris etiam extinguitur novatione, quâ ea conventione vel aliud debitum priori ſubrogatur, vel alius debitor in eodem debito ſubſtituitur, nullâ factâ mentione pignoratitiæ obligationis. *l. 11. §. 1. ff. de pignor. act. Novata autem debiti obligatio pignus peremit, niſi convenit, ut pignus repetatur.* & *l. 18. ff. de Novat. Novatione legitimè factâ liberantur hypotheca & pignus: Vſuræ non currunt.*

958. DICENDUM 9. Obligatio pignoris expirat interitu totali rei oppignoratæ, ſicut, ſive interitus ſit Phyſicus, ſive moralis, qualis eſſe poteſt in re incorporali, v. g. in uſufructu. *l. 8. pr. ff. quib. mod. pig. Sicut re corporali extinctâ, ità & uſufructu extincto pignus, hypothecave perit.*

Dixi: *interitu totali*: nam ſi v. g. domus comburatur, area tamen manet obligata, & quidquid poſtmodum illi inædificatur. *l. 21. ff. de pignor. act. Domo pignori datâ, & area ejus tenebitur, eſt enim pars ejus; & contra Ius ſoli ſequetur ædificium.* Idque meliùs declaratur in *l. 29. ff. de pign. §. 2.* [Domus pignori data exuſta eſt, eamque aream emit Lucius Titius, & extruxit. quæſitum eſt de Iure pignoris. Paulus reſpondit, pignoris perſecutionem perſeverare, & ideo Ius ſoli ſuperficiem ſecutam videri, id eſt cum Iure pignoris. Sed NB. bonæ fidei poſſeſſores non aliter cogendos creditoribus ædificium reſtituere, quàm ſumptus in extructione erogatos, quatenus pretioſior res facta eſt, reciperent.] Et universim mutatio rei hypothecatæ non tollit pignoris obligationem, ut ſpecificatur in *l. 16. §. 2. ff. eod.* [Si res hypothecæ data poſtea mutata fuerit, æquè hypothecaria actio competit: veluti de domo data hypothecæ, & horto facta. Item ſi de loco convenit, & domus facta ſit: item de loco dato, deinde vineis in eo poſitis.] Hactenus certiora.

959. DUBITATUR 1. An ſit in poteſtate debitoris, liberare pignus oblatione alterius rei æquè idoneæ. Affirmat cum quibusdam aliis Neguzantius. Et æquitate inſpectâ videretur ità dicendum, quia quod uni prodeſt, & alteri non nocet, imprudenter & irrationabiliter reprobatur. Rigore tamen Iuris inſpecto negandum videtur, per legem *9. §. 3. ff. de pignor act.* ubi nimis diſertè conjicitur hoc in arbitrium creditoris, an ſibi velit ſatisfieri per oblationem alterius pignoris. [Omnis pecunia exſoluta eſſe debet, aut eo nomine ſatisfactum eſſe, ut naſcatur pignoratitia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licèt non ſit ſolutum. ſive NB. aliis pignoribus ſibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, ſive fidejuſſoribus, &c. & generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor à pignore, videri ei ſatisfactum, ſi, ut ipſe voluit, ſibi cavit, licèt in hoc deceptus ſit.]

Ad rationem dubitandi ſubtiliter reſpondet Soarez in annotationibus ad Pinellum, & poſt eum Harpprecht, eatenus intereſſe creditoris, non ſubſtitui aliud pignus, quatenus debitor indigens fortè priore pignore, magis hoc modo ſtimulabitur ad celerem ſolutionem. Addi poteſt creditorem non teneri ſequi judicium debitoris, an illud quod ſubſtituere vult, ſit æquè bonum, & idoneum: ſi ergo creditor recuſat, habebit ſemper aliquam rationem, ob quam ſibi non ſit æquè idoneum: quidquid ſit, an à parte rei ità ſit. Deinde, ut benè dixit Hunnius, obſervandum quoque eſt, quòd in continenti apparere non poſſit, num oblatum novum pignus æquè idoneum ſit ac prius; nam hoc in facto conſiſtit, & tractu temporis explorandum eſt: quæ temporis moleſtia meritò poteſt creditorem abſterrere.

960. DUBITATUR 2. An ſicut hypotheca poteſt ſolo conſenſu creditoris & conventione diſſolvi, ità & obligatio pignoris rei traditione contractâ? Affirmat Mudæus. Negat Hunnius, & niſi fallor conformiùs Iuri, nam *§. 4. Inſt. quib. modis tol. oblig.* ſoli illi contractus dicuntur ſolo conſenſu diſſolvi, qui ſolo conſenſu perficiuntur. [Hoc ampliùs, eæ obligationes quæ conſenſu contrahuntur, contrariâ voluntate perficiuntur; nam ſi Titius & Sejus inter ſe conſenſerint, ut fundum Tuſculanum emptum Sejus haberet centum aureis, deinde re nondum ſecutâ, id eſt, neque pretio ſoluto, neque NB. fundo tradito, placuerit inter eos, ut diſcederetur ab ea emptione & venditione: invicem liberantur. Idem eſt in conductione & locatione, & in omnibus contractibus qui ex conſenſu deſcendunt.] Neque Mudæi fundamentum urget, quòd creditor ratione pignoris non habeat actionem niſi hypothecariam: unde ſequi putat, quòd ſicut hypotheca poteſt tolli ſolo conſenſu, ità & pignus: quandoquidem, ut ſuprà dictum, quoad actionem nulla eſt differentia. Ad hoc tamen benè reſpondet Hunnius, nullam quidem eſſe differentiam quoad effectum producendi actionem, eſſe tamen differentiam

quoad

quoad cauſam conſtitutivam & formalem (nam pignus traditione conſtituitur) & ſic etiam quoad cauſam reſolutivam.

CONTROVERSIA XI.

De Venditione Pignoris ob debitum non ſolutum.

SUMMARIUM.

Valet pactum vendendi pignus lapſo tempore definito. 961.
Quid ſi nullus dies ſolutioni præfixus ſit. eod.
Abſque pacto requiritur Iure Codicis una denuntiatio, & biennium exſpectandum. 962.
Quouſque valeat pactum non vendendi unquam pignus. 963.
Quid in hoc puncto ſit conſtitutum Iure Bavarico. 964.
Si pignus venditum evincatur, quomodo conſulatur creditori vendenti. 965.
Pignora Iudicialia quando capiantur. 966.
Illis captis quando vendenda. 967.
Si eadem res pluribus eſt obligata, quid Iuris, ſi fuit vendita antiquiori creditori. 968.
Si eidem ſunt obligatæ aliquæ res ſpecialiter, & aliæ generaliter, quænam priùs vendendæ. 969.
Venditio Pignoris non Iure facta, eſt nulla. 970.
Pignore evicto, an creditor teneatur de evictione, debet tamen cedere actionem. 971.

IN hoc puncto Ius Bavaricum non parùm recedit à Iure communi.

961. DICENDUM 1. Quando inter creditorem & debitorem pactum ioterceſſit, ut creditori liceat vendere pignus, vel hypothecam poſt definitum tempus, intra quod debitum non fuerit ſolutum, valet pactum. l. fin. §. 1. *C. de Iure dominii impetrando.* ibi. [Sancimus itaque, ſi quis rem creditori ſuo pignoraverit, ſi quidem in pactione cautum eſt, quemadmodum debeat pignus diſtrahi, ſive in tempore, ſive in aliis conventionibus, ea obſervari, de quibus inter creditorem & debitorem conveotum eſt.] & *l.* 4. *ff. de pignor. act.* [Si convenerit de diſtrahendo pignore, ſive ab initio ſive poſtea, non tantùm venditio valet, verùm incipit emptor dominium rei habere.] Debet autem creditor exſpectare lapſum totius diei conſtituti *per leg.* 4. *ff. de diſtract. pign.* [Cùm ſolvendæ pecuniæ dies pacto profertur, conveniſſe videtur, ne priùs vendeodi pignoris poteſtas exerceatur.] Nam die primùm elapſo incipit debitor eſſe io mora: nec opus habet creditor monere, nam dies interpellat pro creditore, per regulam generalem quæ habetur in lege 12. *C. de contrahenda & committ. ſtipul.* ibi. [Sancimus, ut ſi quis certo tempore facturum ſe aliquid, vel daturum ſtipuletur, vel quæ ſtipulator voluit, promiſerit, & adjecerit, quòd ſi ſtatuto tempora minimè hæc perfecta fuerint, certam pœnam dabit: ſciat, minimè ſe poſſe debitor ad evitandam pœnam adjicere, quòd nullus eum admonuit: ſed etiam citra ullam admonitionem eidem pœnæ pro ſtipulationis tenore fiet obnoxius: cùm NB. ea quæ promiſit, ipſe in memoria ſua ſervare, non ab aliis ſibi manifeſtari debeat poſcere.]

Hinc autem è contrario ſequitur, quòd ſi nullus dies ſolutioni præfixus fuit, tunc, ut debitor incipiat eſſe in mora, neceſſe eſt eum à creditore interpellari elapſo tempore, poſt quod ratio dictat, eſſe ſolvendum exigente creditore. Et habetur hujusmodi caſus in lege 23. *ff. de V. O.* [Si ex legati cauſa aut ex ſtipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter poſt mortem ejus tenearis mihi, quàm ſi per te ſteterit, quo minùs vivo eo eum mihi dares: quod ità fit NB. (*id eſt, ut verum ſit, per te ſtetiſſe*) ſi aut interpellatus non dediſti, aut occidiſti eum.]

962. DICENDUM 2. Si nullum pactum de vendendo pignore intervenit, Iure Codicis requiritur una denuntiatio, quâ factâ adhuc per biennium eſt exſpectandum, computandum à denuntiatione facta, ſi debitum eſt liquidum, alioquin à puncto latæ ſententiæ. Ità intelligenda eſt conſtitutio Iuſtiniani, quæ habetur in lege 3. §. 1. *C. de Iure dom. impetr.* ubi §§. ſeqq. conſtituitur, quid agendum creditori ſit, ſi debitor non compareat, aut emptor inveniri non poſſit, ſicque tandem creditor jure dominii rem teneat, & quamdiu integrum ſit debitori pignus recuperare. [Sancimus itaque, ſi quis rem creditori ſuo pignoraverit, ſi quidem in pactione cautum eſt, quemadmodum debet pignus diſtrahi, ſive io tempore, ſive io aliis conventionibus, ea obſervari, de quibos inter creditorem & debitorem conventum eſt. Sin autem NB. nulla pactio interceſſerit, licentia dabitur fœneratori, ex denuntiatione, vel ex ſententia Iudiciali, poſt biennium ex quo atteſtatio miſſa, vel ſententia prolata eſt, numerandum, eam vendere. Sin verò nemo eſt, qui comparare eam maluerit, & neceſſarium fiat creditori, ſaltèm ſibi eam Iure dominii poſſidere: in hujusmodi caſibus hanc cauſam obſervandam eſſe cenſemus, ut ſive præſens ſit debitor, denuntiatio ei ſcilicet poſt biennium mittatur, ſive abſfuerit, Provinciale tribunal creditor petat, & Iudicem certiorare feſtinet; quatenus ille eum requiſiverit, certo tempore ſuper hoc ab eo ſtatuendo, ut fiat debitori manifeſtum per apparitionem Iudicis, quod à creditore petitum eſt, & certum tempus ſtatuatur, intra quod ſi fuerit inventus debitor, debet is, qui pecunias creditas accepit, debitum offerre & pignus recuperare. Sin autem nullatenus fuerit inventus, Iudex certum tempus definiat, intra quod ei licentiam dabit ſeſe manifeſtare, & offerre pecuniam,

cuniam, & pignus à pignoratione liberare. Sin autem tempore ſtatuto vel minimè fuerit inventus, vel creditam pecuniam totam offerre noluerit, tunc creditor adeat culmen principale, & precibus porrectis Iure dominii à noſtra ſerenitate habere eandem rem expetat, habeátque ex divino oraculo ea in ſuo dominio. Et poſtquam hoc fuerit ſubſecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in ſuam rem humanum regreſſum ex die ſacri oraculi numerandũ, & liceat ei creditori, qui jam Dominus factus eſt, offerre debitum cum uſuris, & damnis vitio ejus creditori illatis: quorum quantitatem debet creditor ſuo juramento manifeſtare, & ſuum pignus recuperare. Sin autem biennium fuerit elapſum, pleniſſimè habeat rem creditor idémque Dominus jam irrevocabilem factam. Sed ſi quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur, in hoc, quod noſcitur abundare, ſit creditori omnis ratio integra. Sin autem ex utraque parte quantitas æqua inveniatur: ſine omni dubitatione totam rem antea pignoratam retineat. Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat; tunc in hoc quod debitum excedit, omnia debitori Iura integra lege noſtrâ ſervabuntur; Creditoribus quidem fæneratoris non ſuppoſitum, aliis autem debitoris creditoribus, vel ipſi debitori ſervatum. Et ne ex communione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori ſeu Domino æſtimationem ſuperflui debitori, vel creditori debitoris cum competente cautela eum exponenda offerre. Sin verò creditor poſtquam Iure dominii hoc poſſideat, vendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere, ſi quid autem ſuperfluum ſit, debitori ſervare.] Ità habet hæc utiliſſima & valde diſtincta conſtitutio, quæ ſine injuria non poteſt paucis verbis in compendiu referri. Per hanc conſtitutionem abrogatæ ſunt leges antiquiores, quibus continuò poſt moram venditio concedebatur, ut eſt *l. 4. ff. de pign. act. l. 7. & 8. C. de diſtract. pig.* quæ proinde neminem turbare debent.

963. DICENDUM 3. Si inter debitorem & creditorem conventum eſſet, ut creditori non liceat pignus vendere, non aliter hoc pactum valet (bono publico ità exigente) quàm ad hunc effectum, ut vendi non poſſit niſi poſt trinam denuntiationem factam debitori in mora conſtituto. Ità habetur *l. 4. in fine. ff. de pignor. act.* ibi. *Ubi verò convenit, ne diſtraheretur, creditor ſi diſtraxerit, furti obligatur, niſi ei ter fuerit denuntiatum, ut ſolvat, & ceſſaverit.* Neque hoc eſt in Codice mutatum. Porrò hæ tres denuntiationes debent fieri cum aliquo intervallo, v.g. trium dierum, aut Iudicis arbitrio. Factis iſtis denuntiationibus reditur ad Ius Codicis paulò antè recitatum, hoc eſt, per biennium eſt exſpectandum, &c. Et hactenus de Iure communi.

964. De Iure Bavarico L. R. tit. 15. caſu quo nullum pactum interceſſit de pignore vendendo, conſtituuntur diverſi termini pro diverſitate pignorum, & etiam locorum in quibus ea ſita ſunt. Nam ſi pignus aut hypotheca ſita ſit in diſtrictu Iurisdictionis, in qua eſt debitor, deſignantur creditori pro diſtractione pignoris quatuordecim dies poſt denuntiationem exſpectandi. quibus elapſis poteſt vendere, cui voluerit. Quodſi verò debitor non degat ſub diſtrictu Iurisdictionis, in quo ſita ſunt pignora, tunc ſi pignus conſiſtat in animalibus pabulo indigentibus (*ein eſſends Pfand*) etiam quatuordecim dies deſignantur: ſi verò alia res mobilis ſit oppignorata, deſignatur quadrans anni. Quodſi ſit res immobilis, & extra diſtrictum Iurisdictionis ſita, exſpectandus eſt annus.

Denique hoc Iure venditio pignoris ſemper facienda eſt in ſubbaſtatione, ad evitandas fraudes, aut tollendas ſuſpiciones fraudum.

965. Quæri hîc poſſet, an ſi pignus creditori appropriatum deprehendatur non ſpectâſſe ad debitorem, & à Domino evincatur, quomodo conſultum ſit creditori qui vendidit? ℞. Ei competere utilem actionem ex empto, quia perinde eſt, acſi rem illam pro pecunia ſibi debita emiſſet. Habetur expreſsè *l. 24. pr. ff. de pignor. act.* [Eleganter apud me (inquit Ulpianus) quæſitum eſt, ſi impetrâſſet creditor à Cæſare, ut pignus poſſideret, idque evictum eſſet, an habeat contrariam pigneratitiam. Et videtur finita eſſe pignoris obligatio, & à contractu receſſum. Imò utilis ex empto accommodata eſt, quemadmodum ſi pro ſoluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei ſatisfiat, vel in quantum ejus intereſſit compenſationem habere poteſt creditor, ſi fortè pignoratitiâ, vel ex alia cauſa cum eo agetur.] Hactenus de Pignore vel hypotheca conventionali, ejusque venditione dictum eſt. Nunc de Iudiciali breviter aliquid dicendum, nam cæteroquin ad tractatum de Iudiciis ſpectat.

966. DICENDUM 3. Priusquam per executionem ſententiæ definitivæ capiantur pignora, indulgentur condemnato & fidejuſſoribus quatuor menſes ad ſolvendum debitum. *l. 2. C. de Uſuris rei judic.* [Eos, qui condemnati ſolutionem pecuniarum quas dependere juſſi ſunt, ultra quatuor menſes à die condemnationis, vel, ſi provocatio fuerit porrecta, à die confirmationis ſententiæ connumerandos diſtulerint, centeſimas uſuras exigi præcipimus, &c. *& cap. 17. de ſent. & re judic.* ibi. licèt ad hoc agendum quadrimeſtre tempus regulariter ſit ſtatutum.] Ubi tamen additur, hoc tempus poſſe aliquando coarctari, aliquando prorogari ex certis cauſis, cujuſmodi enumerantur in *l. 2. ff. eod.* [Qui pro tribunali cognoſcit, non ſemper tempus judicati ſervat, ſed nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat, pro cauſæ qualitate & quantitate, vel perſonarum obſequio, vel contumacia:

Digitized by Google

macia: ſed pertatò intra ſtatutum tempus ſententiæ exequentur, veluti ſi alimenta conſtituantur. vel minori viginti quinque annis ſubvenitur.]

967. DICENDUM 4. Elapſo quatuor menſium ſpatio quo debitor non ſolvit, capiuntur pignora judicialia, intra duos mēſes vendenda: Si tamen ante venditionem perſectam debitor adhuc ſolvat, non abſolvitur venditio, ſed eo perſolvente expenſas pignora redduntur. *l. 31. ff. de re judic.* ibi. pignora capi. *eaque, ſi intra duos menſes non ſolverint, vendantur.* Et quamvis gloſſa & alii cum illa exiſtiment, pro bis duobus menſibus fuiſſe in Codice, loco citato, quatuor menſes conſtitutos, alii tamen cum Bartolo putant, hos duos menſes ad diſtrahenda pignora, eſſe tempus diſtinctum à quatuor menſibus à Codice ad pignora capienda conſtitutis. Et hæc de pignore Iudiciali. Redeundo nunc ad venditionem pignoris conventionalis

968. DICENDUM 5. Caſu quo debitor pignus pluribus ſucceſſivè obligatum tradidiſſet in ſolutum, vel vendidiſſet antiquiori creditori, vel habenti jus prælationis ſupra reliquos hypothecarios, tunc ſi poſterior creditor offerat priori quod illi ſub tali pignore debebatur, tenetur prior creditor poſteriori reddere pignus, vel, ſi malit, illi ſolvere, quod ipſi debetur ſub eodem pignore. *l. 1. C. ſi antiquior creditor pig. vend.* ibi. [Cùm autem debitor ipſi priori creditori eadem pignora in ſolutum dederit, non magis tibi perſecutio adempta eſt, quàm ſi aliis eaſdem res debitor vendidiſſet. Sed ità perſequens res obligatas audieris, ſi, quod eidem poſſeſſori propter præcedentis contractûs auctoritatem debitum eſt, obtuleris.] Obſervat tamen P. Molina n. 16. ex Greg. Lopez (& deducitur ex communibus principiis alibi traditis) quòd prior creditor fructus faceret ſuos, quos ex tali re interim perciperet, qui tamen necdum fuerunt pendentes aut ſati tunc quando debitor tradidit in ſolutum, nam iſti eſſent etiam poſteriori creditori obligati: non item priores, qui cederent priori creditori jure dominii.

DICENDUM 6. Si Creditor gaudens jure prælationis vendat pignus poſteriori creditori, poteſt debitor, offerendo utrique quod ipſis debetur, pignus recuperare, ſecùs, ſi alteri extraneo venditum eſſet. *l. 5. §. 1. ff. de diſtract. pign.* [Si ſecundus creditor vel fidejuſſor ſolutâ pecuniâ pignora ſuſceperint, rectè eis offertur (*ſolutio à debitore*) quamvis emptionis titulo tenuerint.] *Et clariùs lege ſequ. ubi et ratio redditur.* Cùm poſterior creditor à priore pignus emit non tam acquirendi dominii, quàm ſervandi pignoris ſui cauſâ intelligitur pecuniam dediſſe, & ideo offerri ei à debitore poteſt.

969. DICENDVM. 7. Si eidem creditori aliquæ res ſpecialiter obligatæ ſint, & aliæ generaliter, tunc ſpecialiter obligatæ priùs vendendæ ſunt, & illis non ſufficientibus, cætera. *l. 9. C. de diſtract. pig.* [Quæ ſpecialiter vobis obligata ſunt, debitoribus detrectantibus ſolutionem, bonâ fide debetis, & ſolenniter vendere. Ità enim apparebit, an ex pretio pignoris debito ſatisfieri poſſit. Quod ſi quid deerit, non prohibemini cætera etiam bona jure conventionis conſequi.]

970. DICENDUM 8. Venditio pignoris non jure facta, eſt nulla. *l. 4. C. Si venditio pignore agatur.* [Cùm contra bonam fidem venditionem obligatæ poſſeſſionis à creditore factam alleges, non obſervatis, quæ in diſtrahendis pignoribus celebrari conſueverunt, adito Præſide provinciæ expetire actione competenti non tantùm adverſùs creditorem, verùm etiam adverſùs poſſeſſorem, ſi fraudem eum participâſſe cum creditore docere poteris, ut revocatis, quæ malâ fide geſta conſtiterit, & fructuum ratio, & damni quod irrogatum apparuerit, haberi poſſit.]

971. DICENDUM 9. Si pignus legitimè venditum à creditore, quà tali, poſtea evincatur, creditor non tenetur de evictione: ſed ſolùm tenetur cedere ſuam actionem adverſùs debitorem emptori. Ità habet rubrica tituli Codicis. *Creditorem evictionem pignoris non debere.* & *l. 38. ff. de evictioni 6.* [In creditore qui pignus vendidit, tractari poteſt, an re evictâ vel ad hoc teneatur ex empto, ut quàm habet adverſùs debitorem actionem, eam præſtet. Habet autem contrariam pignoratitiam actionem: & magis eſt, ut præſtet. cui enim non æquum videbitur, vel hoc ſaltem conſequi emptorem, quod ſine diſpendio creditoris futurum eſt.]

Et hæc de pignoris diſtractione.

CONTROVERSIA XII.

Quibuſnam competat ex Lege Hypotheca tacita.

SUMMARIUM.

Fiſcus habet tacitam hypothecam generalem, & præfertur hypotheca uxoris. 972.
De jure Bavarico præfertur Doti poſt obligationem numeratæ. eod.
Pupilli & Minores eandem habent in bonis Tutorum & Curatorum. eod.
An filiusfam. habeat tacitam hypothecam in bonis patris. 973.
Ex qua culpa teneatur pater in tali adminiſtratione. eod.
An bona Prælatorum ſint tacitè obligata Eccleſiæ ratione adminiſtrationis. 974.
Maritus habet eandem in bonis qui dotem promiſit. eod.
Item uxor in bonis mariti cum jure prælationis. 975.
An idem in augmento dotis ſupervenientæ dicendum. 976.
An etiam ratione Paraphernalium adminiſtratorum à marito. 977.
An ratione donationis propter nuptias. 978.
Pupillus in re empta ex ſua pecunia cum quali prælatione habeat ſpecialem hypothecam. 979.
Locator in fructibus prædii locati, & rebus illatis in prædium urbanum. eod.
Legatarii & Fideicommiſſarii in bonis teſtatoris. 980.
Non extenditur tamen niſi ad illa bona quæ ad hæredem pervenerunt. 981.
Item tacitam hypothecam habet, qui credidit pecuniam ad reparationem ædificii. 982.
Non extenditur tamen ad eum, qui credidit ad domum emendam vel ædificandam. 983.
Benè tamen extendi poſſet ad eum, qui credit ad conſervandam rem alteri oppignoratam. eod.

972. QUo ordine veniant creditores hypothecarii, tractavi *to. 1. tract. 2. cap. 3. contr. 10.* Hic ſolùm videndum eſt, quinam habeant hypothecam tacitam ſeu legalem; & quia etiam de his aliquoties in proprio loco egi, ideo lectorem licebit eò remittere, & hic ſolùm potiores referre. Itaque

PRIMO. Fiſcus habet tacitam hypothecam in omnium ſuorum debitorum bonis omnibus, tam præſentibus quam futuris. *l. 2. C. in quibus cauſis pig. tac.* [Certum eſt, ejus, qui cum Fiſco contrahit, bona, velut pignoris titulo obligari, quamvis ſpecialiter id non exprimatur.] Et huic hypothecæ cedit hypotheca uxoris in bonis mariti ratione dotis, ut habetur *l. 2. C. de priv. Fiſci.* [Quamvis ex cauſa dotis vir quondam tuus tibi ſit condemnatus, tamen, ſi priùs quàm res ejus tibi obligarentur, cum fiſco contraxit, jus fiſci cauſam tuam prævenit.] Quando ergo *to. 1. tract. 2. c. 3. contr. 10. n. 411.* dixi, quòd mulier in dote præferatur omnibus creditoribus prioribus tacitam hypothecam habentibus, id intelligendum eſt de creditoribus privatis.

De Iure Bavarico Fiſcus etiam præfertur doti poſt obligationem numeratæ. Quomodo autem hoc jure præferatur aliis hypothecariis, ibidem dictum eſt *n. 423. §. ad ſeptimam.*

SECVNDO. Pupilli & Minores 25. annis habent tacitam hypothecam in bonis ſuorum Tutorum & Curatorum. *l. 20. C. de adminiſtr. tut.* [Pro officio adminiſtrationis tutoris vel curatoris bona, ſi debitores exiſtāt, tanquā pignoris titulo obligata, minores ſibimet vindicare minimè prohibentur. Idem eſt, & ſi tutor vel curator quis conſtitutus res minorum non adminiſtraverit.] Iure Bavarico ponuntur hi in ſexta claſſe, ut videre licet loco antè citato, ubi Fiſcus ponitur in ſeptima claſſe.

Iidem pupilli habent etiam tacitam hypothecā non ſolùm in bonis matris ut tutricis, ſed etiam in bonis vitrici ſeu novi mariti, ſi mulier ſuſceptâ liberorum tutelâ iterum nubat, priuſquam aut liberis tutorem petierit, aut reliqua perſolverit. Ità Bartolus & Baldus colligunt ex lege *6. C. in quibus cauſſ. pig. tac. contrahitur.* [Si mater legitimè liberorum tutelâ ſuſceptâ ad ſecundas contra Sacramentum præſtitum adſpiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eiſque quod debetur ex ratione tutelæ geſtæ perſolverit; mariti quoque ejus præteritæ tutelæ geſtæ ratiocinijs bona jure pignoris tenebuntur obnoxia.]

Eandem hypothecam extendunt interpretes communiter, ob paritatem rationis & favorem pupillorum, etiam ad Curatores ad litem datos *Harpprecht n. 55.*

973. QUÆRITUR 1. An Filiusfamilias habeat tacitam hypothecam in bonis patris ratione adminiſtrationis bonorum adventitiorū maternorum, ut patre mortuo impeti poſſint. Harpprecht n. 58. reſpondet affirmativè, per textum legis *6. §. Non autem. 2. C. de bonis quæ lib.* qui tamen §. non videtur ad rem facere, cujus ſummarium potiùs contrarium dicit, ut legenti patet. Magis ad rem facit §. 4. quem ſolum adducit P. Molina. [Sed cùm tacitas hypothecas tam veteres leges in quibuſdam certis caſibus introduxerunt, quàm nos in maternis, cæteriſque donationibus quas ſervare neceſſe eſt, & dubitabatur, ex quo tempore hypothecas competere oportet, utrumne ab initio, an ex eo tempore, ex quo malè aliquid geſtum eſt: compendioſā narratione interpretamur, initium

ge-

gerendæ vel defendæ adminiſtrationis vel obſervationis eſſe ſpectandum, & non tempus, ex quo malè aliquid geſtum fuerit.] Extendit hanc hypothecam Baldus & Neguſantius etiam ad illa bona adventitia, in quibus pater non habet uſumfructum; ut ſi hæc adminiſtravit, ratione hujus adminiſtrationis etiam ſint bona illius obligata. ſed Bartolus & eum ſecutus Harpprecht negat: nam cùm eorum adminiſtratio ad patrem non ſpectet ex officio, ſi ea adminiſtret, potiùs id aget ut negotiorum geſtor, cujus bona non ſunt tacitè hypothecata. An autem Pater teneatur ſolùm de dolo & lata culpa? P. Molina affirmat, ſed nullo jure firmat: & non ſine ratione negari poſſet, quandoquidem ratione adminiſtrationis habet uſumfructum in illis bonis, ergo ſaltem ad levem culpam præſtandam tenebitur.

974. QUÆRITUR 2. An bona Prælatorum adminiſtrantium bona Eccleſiæ, ſint tacitè hypothecata. Negat Harpprecht, quia non poteſt ex juris textu probari. Verùm, Covarruvias, & communis aliorum ſententia id rectiùs affirmat, ex illo principio, quòd Eccleſiæ gaudeant privilegiis minorum, adeoque iſti adminiſtratores habeant ſe ſicut tutores aut curatores. quod meritò etiam ad illos extenditur, qui orphanorum bona adminiſtrant, & inſtar tutorum habentur, quidquid neget Harpprecht. *n. 61.*

TERTIO. Maritus pro dote ſibi promiſſa habet tacitam hypothecam in bonis illius qui dotem promiſit, ut dos ſolvatur, & ſi quid evincatur, ad intereſſe. lege un. §. 1. *C. de rei uxoriæ act.* [Et ut pleniùs dotibus ſubveniatur, quemadmodum in adminiſtratione pupillarium rerum, & in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas jura eſſe accipimus, ità & in hujuſmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, ſive ex parte mariti pro reſtitutione dotis (*ſed de hac poſtea.*) ſive ex parte mulieris pro ipſa dote præſtanda, vel rebus dotalibus evictis, ſive ipſæ principales perſonæ dotes dederint vel promiſerint, vel ſuſceperint, ſive aliæ pro his perſonæ, & dos ſive adventitia, ſive profectitia ſit.]

Cæterùm, hæc hypotheca non gaudet illâ prælatione, quâ gaudet hypotheca quam habet mulier in bonis mariti ratione dotis reſtituendæ, de qua prælatione dictum eſt loco mox citando. Itaque

975. QUARTO. Uxor habet in bonis mariti tacitam hypothecam, cum jure prælationis antè omnes anteriores hypothecas tacitas, non ſimiliter privilegiatas. De hac hypotheca egi fusè *tract.* 4. c. 5. *contr.* 10. à *n.* 431. ubi & jura attuli, & inſuper à *n.* 436. egi de hæredibus uxoris. Deinde à n. 439. defendere conatus ſum, theoricè loquendo, quòd mulieris hypotheca præferatur etiam anterioribus expreſſam hypothecam habentibus. Nunc tamen moneo, contrariam ſententiam, ſi Gaillio credimus, 2. *obſer.* 25. *n.* 12. in Camera Imperiali practicari. Deinde eod. *tract. n.* 423. ex iure Bavarico retuli, hoc jure eandem ſententiam teneri. Quam ſententiam etiam amplectitur VVurmſerus *l.* 3. *tit.* 15. *cont.* 21. ſed levibus argumentis nititur, & quæ manifeſtas patiuntur inſtantias, adeoque nimium probant, & hoc ipſo nihil. Primò argumentatur ex regula; *Qui prior tempore, potior jure.* Verùm hoc modo probaretur, quòd ne quidem tacitam hypothecam anteriorem habentibus præferenda eſſet. Deinde ſic diſcurrit. Sanè (inquit) magna eſt iniquitas, ſi mulier in dotis repetitione omnibus aliis creditoribus expreſſam hypothecam anteriorem habentibus præferretur. conſtat namque creditoribus hiſce jus quæſitum eſſe, quòd certè debitor uxorem ducendo auferre eis non poteſt. Ità ille. Sed quæſo, quare non etiam eſt iniquitas, quòd jus anterioribus creditoribus per tacitam hypothecam quæſitum auferat maritus uxorem ducendo? Dicet fortè VVurmſerus: ideo non eſſe iniquitatem, quia lex illam anteriorem hypothecam dedit: ergo poteſt illam iterum auferre. ſubſumo, atqui lex etiam expreſſam hypothecam ex conventione natam, poteſt per poſteriorem hoc modo enervare, cujus rei exemplum habemus in jure. nam qui mutuavit pecuniam ad reficiendam rem jam antè oppignoratam, quæ alioquin periret: item qui mutuavit pro mercium vectura, vel conductione ædium, in quibus merces conſervarentur, quæ jam antè oppignoratæ erant, habet hypothecam, vi cujus præfertur (ex interpretum ſententia) anteriori etiam expreſſam hypothecam habenti. caſus habetur in *l.* 5. *&* 6. *ff. Qui potiores in pig.* quas retuli *tr.* 2. *n.* 411. Neque refert, quòd ex plurium ſententia hæc hypotheca ſit expreſſa (& ſi non pauci velint eſſe tacitam) nam adhuc totum adverſarii argumentum retorquetur, ut conſideranti patet. Clarior inſtantia eſt ex hypotheca tacita pupilli in re empta ex ſua pecunia. de qua infra. §. Quintò. Breviter, negatur, quòd maritus ducendo uxorem auferat priori jus quæſitum, ſed lex aufert. imò nec lex aufert, quia jus non eſt illi priori abſolutè quæſitum, ſed ſolùm conditionatè: niſi ſuperveniat potentior hypotheca lege firmata. Et quis neſcit, legiſlatorem habere dominium altum in jura temporalia ſubditorum, ſi bonum publicum exigat?

Itaque benigniorem, magiſque faventem doti ſententiam defendi (ut dixi) tractatu 4. à n. 440. & anno elapſo in lucem dedi. Nunc autem reperio pro eadem ſententia duos graves ICtos recentiores, Antonium Perez, & Arnoldum Corvinum, ambos in titulum Codicis *Qui potiores in pignore.* qui ambo iiſdem formalibus terminis dicunt, de veritate hujus ſententiæ

non eſſe dubitandum. Et hæc de hypotheca dotis: cujus occaſione

976. DUBITATUR 1. An hæc hypotheca doti conceſſa unà cum ſuâ prælatione locum habeat in augmento dotis, ſi poſtea dos aucta fuit. ℞. Affirmativè ot expreſſè ſtatuit Iuſtinianus in *Nov.* 97. c. 2. ibi. *ut & dos, & augmentum ſimiliter habeat adverſùs antiquiores creditores privilegium.* Ratio eſt, quia augmentum dotis eſt pars dotis: ergo gaudet iiſdem favoribus, quibus reliquæ partes.

977. DUBITATUR 2. An hoc ipſum privileginm competat uxori ratione bonorum paraphernalium, ſi à marito fuerunt adminiſtrata. Negant Harpprecht & Hunnius. quorum tamen fundamenta me non uſque adeo movent, quominus longè communiori affirmantri accedam, quam teſte Mynſingero Camera ſecuta eſt, quam etiam tenet Berlichins & Beſoldus apud Harpprecht, qni nimis liberaliter dicit, eam eſſe à juris veritate protſus alienam. Neque hoc aliter probat, quàm quòd Iura non loquantur niſi de dote. Ità eſt. Sed hoc mirum non eſt, quandoquidem tunc temporis nxores non ſolebant bona paraphernalia tradere maritis, vel certè non eo modo, & cum ea poteſtate adminiſtrandi ſicnt dotem. Minùs urget, qnod objicit Hunnius, quòd iura ſingularia & exorbitantia ſint ſtrictè interpretanda. Ad hoc reſpondeo, eſſe intelligendum de odioſis, non de favoralibus, & quæ principaliter in favorem ſunt introducta, prout eſt privilegium hypothecæ cum prælatione. Sanè ſi res ſecùs ſe haberet, præberent marito anſa negligentiùs adminiſtrandi illa bona, & culpas in adminiſtratione dotis commiſſas in paraphernalia derivandi.

Accedit quòd ipſi adverſarii fateantur, hoc privilegium conceſſum eſſe nominibus ſen debitis paraphernalibus quæ maritus exegit *l. fin. C. de pactis conventis.* [Si mulier marito ſuo nomina i. e. fæneratitias cautiones quæ extra dotem ſunt, dederit, ut loco paraphernorum apnd maritum maneant, &c. *& infrà.* Ex præſenti noſtra lege habear hypothecas contrà res mariti, ex quo pecunias ille exegit.] Atqui nulla apparet urgens ratio, eur id ipſum non voluerit Iuſtinianus etiam de aliis paraphernis. Dicunt, eſſe ſpecialem rationem, qnia pecuniæ faciliùs dilapidantur, quàm fundi aut alia corpora. Sit ità: ſed hæc ratio facilioris dilapidationis non defendit maritum in reliquis, quominùs etiam in illis culpam committere poſſit, & nxoti nocere.

978. DUBITATUR 3. An mulier habeat etiam tacitã hypothecam ob donationem propter nuptias, ſeu contradotem. ℞. Non habere hypothecam cum privilegio prælationis, ſicnt habet pro dote. ità ſancit Imp. in *l.* 12. §. 2. *C. qui potiores.* [Hoc autem tantùm ad dotem ſancimus, non ad ante nuptias donationem, quam ſuo tempori ſervire diſponimus, & habet inter creditores ſui temporis ordinem.] Quæſtio eſt, an ſaltem abſque privilegio prælationis habeat hypothecam. Negat Dynns, qnem ſequitur Harpprecht. Sed communis ſententia affirmat, & mihi etiam magis probatur: Imprimis quia in verbis recitatis ſolùm prælationis privilegium illi negatur: quòd ſi non haberet hypothecam, non erat, cur lex mentionem faceret donationis propter nuptias. Deinde, quia hoc videtur apertiſſimè dici in lege 29. *C. de iure dot.* ad quam adeo quæſitè reſpondet Hunnius, ut non opus ſit aliâ replicâ, quàm ipſius textûs relatione. Reſpondet, illam legem non agere nominatim de tacita hypotheca, ſed generaliter, adeoqne eſſe intelligendam de hypotheca expreſſa. Sed, andiatur ipſe Iuſtinianus. [Ubi adhuc matrimonio conſtituto maritus ad inopiam ſit deductus, & mulier ſibi proſpicere velit, reſque ſibi ſuppoſitas NB. pro dote & ante nuptias donatione [(ecce! hypothecã univerſaliter omnibus uxoribus competentem, ſicut in dote, ita & in donatione propter nuptias)] rebúſqne extra dotem conſtitutis tenere non tantùm mariti res ei tenenti, & ſuper has ad judicium vocatæ exceptionis præſidium ad expellendum ab hypotheca ſecundum craditorem præſtamus, ſed etiam ſi ipſa contra detentatores rerum ad maritum ſuum pertinentium ſuper iiſdem hypothecis aliquam actionem moveat, &c. Sed ità eam poſſe eaſdem res vindicare, vel à creditoribus poſterioribus, vel ab aliis, qni non potiora jura legibus habere noſcuntur.]

979. QUINTO. In re alieri empta ex pecunia pupilli, habet pupillus ratione pretii necdum ſibi reſtituti hypothecam ſpecialem tacitam, ità privilegiatam, ut in tali re præferatur omnibus anterioribus hypothecariis creditoribus, etiam expreſſam hypothecam habentibus. *l.* 7. *pr. ff. qui potiores.* [Idémque eſt, ſi ex nummis pupilli fuerit res comparata. & l. 6. C. de ſervo pig. dato manumiſſo. Si tutor tuns pecuniâ tuâ ſervos emptos manumiſit, quoniam hujuſmodi ſervi ſicnti cæteræ res pupillaribus pecuniis emptæ, jure pignoris ex conſtitutione divorum parentum meorum obligati ſunt, favore pupillorum liberi facti non ſunt.]

SEXTO. Locatori ſunt obligati fructus prædii locati, item res illatæ in prædium urbanum ab inqnilino. De hac hypotheca egi in *Contractu Locat. Controv.* 19.

SEPTIMO. Legatarii & Fideicommiſſarii habent tacitam hypothecam in bonis teſtatoris. §. 2. *in fine. Inſt. de Legatis.* ibi. *liceat legatariis id conſequi non ſolùm per actiones perſonales, ſed etiam per in rem, & per hypothecam. &* *l.* 1. *C. communia de legatis.* ibi. [Cùm enim jam hoc jure noſtro increbuit, licere teſtatori hypothecam rerum ſuarum in teſtamento quibus voluerit date,

rit dare, & iterum, Novellæ Conſtitutiones in multis caſibus & tacitas hypothecas introduxerunt: non abs re etiam nos in præſenti caſu hypothecariam donare actionem, quæ etiam nullo verbo præcedente poſſit ab ipſa lege induci.] Deinde additur ratio concedendi hanc hypothecam nempe quia hoc cenſetur eſſe ad mentem teſtatoris, qui vult omnibus modis ſuæ ultimæ voluntati ſatisfieri. [Si enim teſtator idem legata vel fideicommiſſa reliquit, ut omnimodo perſonæ ab eo honoratæ ea percipiant, apparet ex ejus voluntate etiam præfatas actiones contra res teſtatoris eſſe inſtituendas, ut omnibus modis voluntati ejus ſatisfiat.] Poſt hæc extenditur hæc hypotheca etiam contra Legatarios aut Fideicommiſſarios à teſtatore gravatos. [Et hæc diſpoſuimus non tantùm ſi ab hærede fuerit legatum relictum vel fideicommiſſum, ſed & ſi à Legatario vel fideicommiſſario, vel alia perſona, quam gravare fideicommiſſo poſſumus, fideicommiſſum cuidam relinquatur. Cùm enim non aliter valeat, niſi aliquid lucri adferat ei, quod derelictum eſt, nihil eſt grave etiam adversùs eum non tantùm perſonalem, ſed etiam in rem & hypothecariam extendere actionem, in rebus quas à teſtatore conſecutus eſt. In omnibus autem hujusmodi caſibus in tantùm & hypothecariâ unumquémque conveniri volumus, in quantùm perſonalis actio adversùs eum competit, & hypothecam eſſe non ipſius hæredis vel alterius perſonæ, quæ gravata eſt fideicommiſſo rerum, ſed tantummodo earum quæ à teſtatore ad eum pervenerint.]

981. Advertunt autem Interpretes, hanc hypothecam quæ conceditur uni Legatario in bonis teſtatoris, non extendi niſi ad illa bona, quæ ad hæredem perveniunt, ut apud ipſum maneant, adeoque non extendi ad illas res quæ alteri ſunt legatæ.

QUÆRITUR: an teſtator poſſit hanc hypothecam teſtamento remittere. Negat Cynus, quem ſequitur Harpprecht. Communior, & mihi verior ſententia affirmat. Nam ex lege recitata conſtat, quòd fuerit hypotheca hæc conceſſa in favorem, & in quantùm eſt ex mente teſtatoris: ergo ſi ille mallet bona ſua non eſſe ſubjecta, adeoque legata eſſe quaſi conditionata, ſeu limitata, lex illi non reſiſteret.

982. OCTAVO. Credens, ſeu mutuam dans pecuniam ad reparationem ædificii, habet tacitam hypothecam in tali ædificio. *l. 1. ff. in quib. cauſ. pign.* [Senatusconſulto, quod ſub Marco Imperatore factum eſt pignus Inſulæ creditori datum, ei qui pecuniam ob reſtitutionem ædificii extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori, Domino mandante, nummos miniſtravit.] Per *Redemptorem* intelligitur, qui ædificandam domum conduxit, adeoque hæc hypotheca porrigitur ad eum, qui tali conductori, mandante Domino ſeu locatore, pecunias ſubminiſtravit. Deinde vox illa: *Reſtitutio*: non eſt accipienda in illo rigore, quo differt à *Refectione*: quatenus reſtitui dicitur domus collapſa, refici verò, quæ ruinam minatur. nam æquè intereſt Reipublicæ, defendi ædificia à ruina, ac collapſa reſtitui, & ideo etiam illis concedenda eſt hypotheca, qui creduot pecunias ad ædium refectionem.

Controverſum eſt, an hæc hypotheca etiam ſit conceſſa illi, qui dat mutuas pecunias ad aliquam rem, v.g. domum emendam, vel de novo ædificandam. Affirmant cum antiquis gloſſatoribus Neguſantius, Covarruvias, Vulteius, & alii.

983. Negativa tamen opinio videtur Iuri conformior. & expreſsè ſupponi in lege 17. *C. de pignorib. & hypoth.* his verbis. [Quamvis eâ pecuniâ, quam à te mutuò frater tuus accepit, comparaverit prædium, tamen niſi ſpecialiter vel generaliter hoc obligaverit, tuæ pecuniæ numeratio in cauſam pignoris non deduxit.]

Poſſet equidem quis reſpondere, tunc non dari hypothecam, quando pecunia data quidem eſt, ſed non in eum finem, ut inde compararetur res. Verùm, ſi hoc lex voluiſſet, debuiſſet hoc etiam addere, & non ſolùm requirere expreſſam conventionem, ſed disjunctivè, vel expreſſam hypothecæ conſtitutionem, vel mutuationem in eum finem factam.

Faciliùs concederem hanc tacitæ hypothecæ extenſionem ad eum, qui ad conſervandam domum vel aliam rem jam antè oppignoratam alteri crederet pecunias, cujus rei rationem elegantem reddit Vlpianus in lege 5. *& 6. ff. qui potiores in pig.* (quas retuli tract. 2. à n. 400.) nempe, quia talis totius pignoris cauſam conſervat, & ſalvam facit. Ergo meretur etiam anterioribus præferri.

Reſpondet quidem Harpprecht, ex eo quòd talis à lege accipiat prælationem, non rectè inferri, quòd habeat tacitam hypothecam à lege, quia hypotheca expreſſa etiam quandoque accipit à lege Ius prælationis. ſt is qui dedit mutuam pecuniam pro emenda re, in qua ſibi conſtituit hypothecam ſpecialem, præfertur anterioribus, per Nov. 97. c. 3. à me alibi relatam. Ità eſt. Sed tamen licèt per bonam conſequentiam hoc non deducatur: ratio tamen legis probabiliter indicat, hanc hypothecam concedi à lege, quandoquidem non requirit diſertis verbis expreſſam hypothecam in caſu quo ad rei conſervationem, quæ aliis obligata eſt, pecunia mutua datur; quapropter non ſolùm ab auctoritate doctorum, ſed etiam ratione & legibus poteſt ſententia affirmans probabilis videri. Et hæc de Hypothecis tacitis ſeu à Iure conceſſis. De aliis privilegiatis creditoribus, & univerſim de Ordine prioritatis tam de Iure communi, quàm Bavarico alibi, nempe Tract. 2. à n. 400. actum ſufficienter eſt, & huc non ſpectant.

CAPUT

CAPVT X.

DE CONTRACTV INNOMINATO TRANSACTIONIS.

ABſolutis Contractibus Nominatis, ſuperſunt Cootractus Innominati, & Quaſi Cootractus, ſeu obligationes, quæ ex Quaſi Contractu naſcuntur. Ex Iooominatis primo loco tractandum eſſet Cambium, niſi illud, utpote loogiorem diſcuſſionem exigeos, ſuprà poſt Emptionem tractâſſem, aliorum Theologorum more. Nuoc verò præ cæteris tractabo *Transactionem*, utpote quæ ſpeciales Titulos habet tum in Digeſtis *lib.* 2. *tit.* 15. tum io Codice *lib.* 2. *tit.* 4. & eſt cæteris celebrior ac dignior, & de Nominatis illud participans, quòd Tranſigentibus oon liceat pœnitere.

CONTROVERSIA I.

Quid ſit Transactio.

SUMMARIUM.

DEfinitio *Transactionis.* 984.
Diverſæ ſignificationes Transactionis. 985.
An ſit numeranda inter Contractus Nominatos. 986.
Cur in Contractu Transactionis non liceat pœnitere. 987.
Transactio debet eſſe de Iure dubio. 988.
An poſt latam ſententiam poſſit adhuc eſſe locus Transactioni. 989.
An poſtquam ſententia tranſiit in rem judicatam, nec ſupereſt aliud remedium ſuſpenſivum executionis, poſſet firmari juramento Transactio. 990.

984. DEfinitur apud Molinam, quòd ſit: *De Re dubia, lite, aut Controverſia jam mota non gratuita pactio.* Ità etiam definit Treutlerus. In qua defioitione pro genere ponitur *Pactio.* alii communiùs voluot Geous proximum eſſe *Contractum.* Hoc genus impugnat Bacchovius *litt. D. th.* 1. ſed levibus argumentis, quale eſt illud, quòd cauſa noo poſſit eſſe genus ſui effectûs: atqui Pactio & Contractus eſt cauſa Transactionis, quod probat, quia Transactio fit pacto, vel contractu. Sed quàm hoc leve ſit, intelligunt Logici, qui ſciunt, Genus & differentiam dici cauſas & partes intrioſecas Metaphyſicas Speciei. & hoc ſenſu ſpeciem fieri ſeu conſtitui genere, & differentiâ. Sanè argumentum probaret, quòd nec Emptioois, Locatioois, &c. genus eſſet contractus, oam etiam ſine abſurdo dici poteſt, Emptionem fieri pacto & cooveotione: ſicut rectè dicimus, diſcurſum fieri cognitionibus, à quibus reipsâ oon diſtinguitur.

985. Cæterùm, pro meliore iotelligeotia ſcieodum eſt, nomen Transactiooisaliter quandoque in Iure ſumi, quàm ſumitur io præſenti. Sumitur enim etiam pro quacuoque compoſitione aut termioatione alicuius negotii. Sic dicitur, lis tranſigi jurameoto, quando jurejurando lis finitur, & hoc ſenſu etiam dicitur Iuramentum habere ſpeciem traosactionis. *l.* 2. *&* 31. *ff. de Iurejurando.* & l. 229. & ſeq. de V. S. ſic habetur. [Transacta finitave intelligere debemus, noo ſolùm de quibus cootroverſia fuit, ſed etiam, quæ ſine cootroverſia ſint poſſeſſa: ut ſuot, judicio terminata, transactione compoſita, loogioris temporis ſilentio fioita.] Id eſt præſcripta.

Io præſeoti autem ſumitur pro Pacto non quocunque oudo, ſed pro Contractu, nempe quia parit actionem civilem, unde deſumitur natura Contractûs, ut differt à nudo pacto, prout docui tract. 8. io princ. Et ſanè in Iure non ſemel vocatur Contractus. *l.* 5. *C. h. t.* ibi. *Si de fide Contractûs conſtet.* Deiode omoium Confeſſione Transactio eſt Conventio, & ideo à VVeſenbecio & Bacchovio ejus genus aſſignatur *Conventa deciſio.* cootinet itidem Synallagma, ut ex dicendis conſtabit. Nihil ergo poteſt deſiderari ad rationem Contractûs.

Frivola eſt quorundam objectio: Diſtractus non eſt Contractus. Traosactio eſt diſtractus: ergo non eſt cootractus. Poteſt enim optimo

Iure

Iure negari major, quia idem actus poteſt eſſe diſtractus unius, & contractus alterius obligationis, ſicut qui odit peccatum amore Dei, uno eodem actu amat & odit, ſed diverſa. Itaque Tranſactio eſt diſtractus prioris negotii & cauſæ dubiæ, ſed eſt contractus novam obligationem inducens.

986. An autem ſit iſte contractus numerandus inter contractus nominatos, an innominatos, eſt jam recepta ſententia contra Coraſium, eſſe contractum innominatum. Ratio potiſſima hujus ſententiæ eſt, quòd licèt Tranſactio, ſi rem ſpectemus, juxta acceptionem ſtrictam ſit ſpecifica conventio, cùm habeat definitionem propriam, quibus differt à cæteris conventionibus, nomen Tranſactionis tamen non minùs generale ſit, quàm nomen Permutationis, quia in vulgari modo loquendi aliis conventionibus adhibetur. Et ex eo etiam colligitur; quòd quando Tranſactioni non accedit Stipulatio, detur *Actio præſcriptis verbis*. quæ datur cæteroquin ex Contractibus innominatis. Habetur *l. 6. C. h. t.* ibi. [Aut enim ſtipulatio conventioni (*erat Tranſactio*) ſubdita eſt, & ex ſtipulato actio competit; aut ſi omiſſa verborum obligatio eſt, utilis actio, quæ præſcriptis verbis rem geſtam demonſtrat, danda eſt.]

Colligitur idipſum etiam ex eo, quòd uno fidem non ſervante nec alter ſervare teneatur, quod etiam eſt proprium contractuum innominatorum. Habetur *l. 21. C. de Pactis.* [Cùm proponas, inter vos ſine ſcriptura placuiſſe, fratrum tuorum ſucceſſiones æquis ex partibus dividi, & tranſactionis cauſâ probari poſſit hanc interceſſiſſe conventionem: exceptione te tueri potes, ſi poſſides. Quodſi adverſarius tuus teneat, ex hoc placitu nullam actionem natam eſſe, ſi tibi ſtipulatione non proſpexiſti, debes intelligere: nec adverſario tuo tranſactione uti concedendum eſt, niſi ea quæ placita, adimplere paratus ſit.]

Itaque contractus iſte pertinebit reductivè vel ad contractum innominatum, *Do ut facias*, id eſt, do hoc, ſi remittas debitum dubium, vel: *facio ut des*.

987. Objiciunt aliqui. In contractibus innominatis licet pœnitere, non item in contractu tranſactionis *l. 29. C. h. t.* [Quamvis eum, qui pactus eſt, ſtatim pœniteat, tranſactio tamen reſcindi, & lis inſtaurari non poteſt: & qui tibi ſuaſit, intra certum tempus licere à tranſactione recedere, falſum adſeveravit.] ℞. Hoc ſpecialiter introductum eſſe favore litium præciſarum, ne denuò inſtaurentur. *l. 16. C. h. t. Cauſas, vel lites tranſactionibus legitimis finitas imperiali reſcripto reſuſcitari non oportet.* Itaque in cæteris contractibus innominatis permiſſum eſt pœnitere illi, qui jam ex parte ſua implevit, antequam alter impleat, etiamſi alter paratus ſit implere: non item ſi tranſactum eſt: quamvis, ſi alter nolit implere, poſſit etiam ille, qui implevit, recedere, & quod dedit repetere.

Hactenus explicatum eſt genus hujus Contractûs. nunc de differentia. Dicitur *Pactio non gratuita.* nempe quia actor non gratis recedit à lite vel actione quàm ſibi contendit competere, ſed neceſſe eſt, vel aliquid dari, vel retineri, vel promitti. *l. 38. C. h. t. Tranſactio, nullo dato, vel retento, ſeu promiſſo, minimè procedit.* Hinc notat P. Molina n. 5. quòd quando ex parte rei conventi, vel conveniendi nihil præſtaretur, in eum finem, ut viciſſim actor Ius ſuum prætenſum remitteret, & actor ſponte ab actione recederet, non eſſet Tranſactio Iuridica, ſed potiùs compoſitio, vel condonatio, quæ etiam in ſpiritualibus locum habet, ſed non Tranſactio propriè ſumpta.

988. Debet deinde Tranſactio eſſe de re dubia, ſeu de Iure dubio. Certa enim in tranſactionem non veniunt, ut ſupponitur *l. 1. ff. h. t.* [Qui tranſigit, quaſi de re dubia, & lite incerta, neque finita tranſigit, qui verò paciſcitur, donationis cauſâ rem certam & indubitatam liberalitate remittit.] Vnde ſi actori certum eſſet non deberi quod prætenditur, & per modum tranſactionis reus aliquid dediſſet, id repetere poſſet, quia contractus fuiſſet nullus. *l. 65. ff. de condict. indebiti, §. 1.* ibi. *Sin autem evidens calumnia detegitur, & tranſactio imperfecta eſt, repetitio dabitur.* Quodſi verò reus certò ſciret, actori rē deberi, & cum actore hoc neſciente tranſigeret, in foro quidem externo tranſactio valeret, ſubveniretur tamen actori, dando actionem de dolo, quâ petere poſſet reſciſſionem contractûs, ut habetur *l. 19. C. h. t.* [Sub prætextu inſtrumenti pòſt reperti tranſactionem bonâ fide finitam reſcindi Iura non patiuntur. Sanè ſi per ſe vel per alium ſubtractis inſtrumentis, quibus veritas argui potuit, deciſionem litis extorſiſſe probetur, ſiquidem actio ſupereſt, replicationis auxilio doli mali, pacti exceptio removetur: ſi verò jam perempta eſt, intra conſtitutum tempus tantùm (*nempe biennium*) actionem de dolo potes exercere.]

989. Quæres 1. An poſt latam ſententiam poſſit adhuc eſſe locus tranſactioni, fortè quia non eſt certum, quòd ſententia fuerit juſta materialiter. Reſpondetur cum diſtinctione. Vel enim ſententia tranſiit in rem judicatam, omiſſâ appellatione, vel non tranſiit. Si tranſiit, & non eſt locus reſtitutioni in integrum, vel alicui alii exceptioni quæ poſt rem judicatam poſſet opponi, tunc non eſt ampliùs locus tranſactioni. *l. 32. C. h. t.* [*Si* cauſâ cognitâ prolata ſententia, ſicut Iure traditum eſt, appellationis, vel in integrum Reſtitutionis ſolennitate ſuſpenſa non eſt: ſupra judicato fruſtra tranſigi non eſt opinionis incertæ.] *Si* verò non tranſiit in rem judicatam, vel eſt locus reſtitutioni in integrum, adhuc tranſigi poteſt, &

multò magis, ſi non conſtet rem eſſe judicatam. *l. 7. ff. h. t.* [Et poſt rem judicatam tranſactio valet, ſi vel appellatio interceſſit, vel appellare potueris. & *l. 11. eod.* Poſt rem judicatam etiamſi provocatio non eſt interpoſita, tamen, ſi negetur, judicatum eſſe, vel ignorari poteſt, an judicatum ſit, quia adhuc lis ſubeſſe poſſit, tranſactio fieri poteſt.] Quibus ultimis verbis ratio indicatur, nempe, ubicunque & quandocunque lis eſſe poteſt, locus eſt tranſigendi.

990. Quæres 2. An poſtquam ſententia tranſiit in rem judicatam, nec ſupereſt aliud Remedium ſuſpenſivum executionis, poſſet tranſactio fieri valida adjecto juramento. Affirmant multi poſt Bart. Sed meo judicio falluntur manifeſtè. Nam in tali caſu ille pro quo lata eſt ſententia, eſt certus, rem ad ſe iure pertinere: ergo non eſt ampliùs materia tranſactionis: atqui Iuramentum non poteſt mutare naturam contractûs. Itaque tale juramentum obligaret quidem ex Religione actorem, ut non ageret contra juramentum, quamdiu non relaxaretur, ſed non propterea tranſactio redderet alterum ſecurum, nec liberaret ab onere reſtituendi, ſicut juramentum ſolvendi uſuras obligat quidem debitorem, ſed fœneratorem non liberat ab onere reſtituendi. ut optimè notavit P. Molina n. 3.

CONTROVERSIA II.

Quibus modis fiat tranſactio, & quæ ad eam requirantur.

SUMMARIUM.

Tranſactio ſine ſtipulatione, non niſi ope exceptionis elidit actionem. 991.

Benè tamen ipſo jure tollit actionem acceptilatione. 992.

Facta per ſtipulationem Aquilianam novantur actiones priores, & acceptilatione accedente tolluntur. 993.

Stipulatio pœnalis obligat ad pœnam eum qui non ſtat. 994.

Quid ſi tranſactio ſit juramento firmata, & adjecta conventionalis pœna ſine clauſula de pacto ſervando. 995.

Specialia Iuris Bavarici. eod.

Quid ſi in tranſactione non eſt ſervata æqualitas. 996.

Quid ſi læſio fuiſſet ultra dimidium juſti pretii. eod.

Debet fieri ſine metu gravi. 997.

991. DICENDUM 1. Quando Tranſactio fit ſimplex, ſeu conventione, & pacto ſimplici, abſque ſtipulatione, tunc per talem contractum nondum eſt ipſo jure extincta prior actio, ſed tollitur & eliditur ope exceptionis, quâ agenti tranſactio opponitur. Colligitur ex l. 15. C. h. t. [Vt reſponſum congruens accipere poſſis, inſere pacti exemplum. ità enim intelligemus, utrum ſola conventio fuerit, an etiam Aquiliana ſtipulatio, nec non & acceptilatio ſecuta fuerit: quæ ſi ſubdita eſſe illuxerit, nullam adverſariæ tuæ petitionem hæreditatis, vel in rem ſpecialem competere palam erit.] Ponamus ergo ex Coraſio exemplum hujuſmodi. Defuncto Petro tu dicis te eſſe hæredem jure Sanguinis, ego jure Inſtitutionis: pendente controverſiâ, etſi lite necdum apud Iudicem inſtitutâ conventum eſt inter nos, ut tu mihi traderes certum fundum, ego tibi relinquerem hæreditatem. Re adhuc integrâ, hoc eſt, necdum tradito fundo, poſſem ego agere, ſed ope exceptionis repelli. Quòd tamen etiam utilis actio Præſcriptis verbis competat vi talis pacti, conſtat ex lege 6. ſuperiùs relata. C. h. t. ex qua probavimus eſſe contractum innominatum.

992. DICENDUM 2. Quando tranſactio fit per acceptilationem, ipſo jure perimitur prior actio, quam alioquin actor ſibi competere prætendebat. Exemplum ex Caſparo Manzio *in th. de Pactis & Tranſact. 9. 6. n. 5.* ſit hoc. Ego contendo, te mihi debere centum ex ſtipulatione, adeoque verborum obligatione: tu verò negas: pendente lite tranſegimus interpoſitâ acceptilatione ſuper 50. hoc modo. Tu me interrogas, an ex centum, quæ à te peto, & de quibus controverſia inter me & te exiſtit, 50. tibi accepto feram. Ego reſpondeo, me ex centum controverſis 50. tibi accepto ferre, eâ lege, ut reliqua 50. ſolvas. hoc caſu obligatio ex præcedente ſtipulatione (ſi qua fuit) contracta & actio perimitur ipſo jure *l. 4. ff. h. t.* poſtea referendâ.

993. DICENDUM 3. Quando tranſactio fit per ſtipulationem Aquilianam, tunc per hanc novantur actiones priores ex quocunque contractu provenientes, & dubiæ; deinde acceptilatione accedente penitùs tolluntur. Ità *lege 4. ff. h. t.* [Aquiliana ſtipulatio omnimodo omnes præcedentes obligationes novat & perimit: ipſaque perimitur per acceptilationem.]

Exemplum gloſſæ ad legem 2. *ff. h. t.* eſt hoc. Prætendo te mihi debere 100. ex mutuo, v. g. vel vendito. tu negas. tranſigimus ad 50. & deinde interrogo te. *Quod mihi ultra 50. debes ex mutuo, ſolvere promittis.* & reſpondes: promitto. Ecce! novationem, debiti ex mutuo in debitum ex ſtipulatione. Deinde tu interrogas me. *habeſne acceptum?* & reſpondeo. *habeo.* perimitur prior obligatio ex ſtipulatione & ex mutuo, manente obligatione ad 50. ex tranſactione. Hanc ſubtilitatem Gallus Aquilius, auctor ſtipulationis Aquilianæ, fundavit, de qua §. 1. *Inſt. Quibus modis tollitur oblig.* [Eſt autem prodita ſtipulatio

Digitized by Google

latio quæ vulgò Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in ſtipulationem deducatur, & ea per acceptilationem tollatur.] Mira profectò ſubtilitas, & ceremonia! quales utinam omnes à corpore Iuris abeſſent!

994. DICENDUM 4. Si tranſactio facta eſt adjectâ ſtipulatione pœnali, ut is qui fidem tranſactionis non ſervat, ad pœnam teneatur, tunc fide non ſervatâ, vel reſciſſâ fortè tranſactione tenebitur ad pœnam, qui promiſſis non ſtetit. *l. 37. C. h. t.* [Promiſſis tranſactionis causâ non impletis, pœnam in ſtipulationem deductam, ſi contra factum fuerit, exigi poſſe conſtat. *& l. 16. ff. h. t.* Qui fidem licitæ tranſactionis rupit, non exceptione tantùm ſubmovebitur, ſed & pœnam, quam, ſi contra placitum fecerit, rato manente pacto, ſtipulanti rectè promiſerat, præſtare cogetur.]

Notat inſuper gloſſa, quòd lite conteſtatâ non ſit ampliùs locus pœnitentiæ illi qui tranſactionē non obſervavit, ſed & exceptione removeatur, & ad pœnam teneatur. P. Molina inſuper ex eadem lege benè advertit, quòd tunc ſolùm teneatur ad pœnam ſimul & ad ſervandam tranſactionem, quando tranſactioni appoſita erat clauſula: *Rato nihilominus manente pacto.* alioquin hac non adjectâ, ſolùm teneretur disjunctim, vel ad pœnam, vel ad ſervandam Tranſactionem; nam etiam in cæteris contractibus, adjectâ pœnâ, res ità ſe habet. *l. 28. ff. de act. empti.* ibi. [Si ex ſtipulatu pœnam conſecutus fueris, ipſo jure ex vendito agere non poteris, niſi in id, quod pluris ejus intereſt fuerit, id fieri.]

995. Sed quid ſi, omiſſâ illâ clauſulâ, tranſactio fuiſſet juramento firmata, & adjecta pœna conventionalis? R. in tali caſu Iuramentum habet vim illius clauſulæ, & tenetur ille qui recuſavit, ſtare tranſactioni, & ſolvere pœnam & ſervare contractum. Ità habetur *l. 41. C. h. t.* [Si quis major annis 25. adverſùs pacta vel tranſactiones, nullo cogente imperio, ſed libero arbitrio & voluntate confectas, putaverit eſſe veniendum, vel interpellando judicem, vel ſupplicando principibus, vel non implendo promiſſa: eas autem invocato Dei omnipotentis nomine eo auctore ſolidaverit: non ſolùm notetur infamiâ, verùm etiam actione privatus, reſtitutâ pœnâ, quæ pactis probatur inſerta, & rerum proprietate careat, & emolumento quod ex pactione vel tranſactione illa fuerat conſecutus: itaque omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata pacti jura ſervaverint.] Imo Azo, Bartolus, aliique communiter putant, eandem vim habere Aquilianam ſtipulationem, cum addita acceptilatione, & pœna conventionali, idque ſibi velle legem 40. *C. h. t.* [Ubi pactum vel tranſactio ſcripta eſt, atque Aquilianæ ſtipulationis & acceptilationis vinculis firmitas juris innexa eſt; aut ſubſecutis ſecundùm leges accommodandus eſt conſenſus, aut pœna unà cum his quæ data probantur ante cognitionem cauſæ (ſi adverſarius hoc maluerit) inſerenda eſt.] Quæ lex ſubobſcura eſt, ut etiam agnoſcit P. Molina.

Hactenus de modis quibus tranſactio fieri poteſt. Omitto autem modos communes aliis contractibus, nempe quòd poſſit fieri in, vel extra Iudicium, in ſcriptura, & ſine ſcriptura, ſub conditione, modo, vel purè, à ſanis æquè ac ægris, diebus feriatis æquè ac profanis. De quibus extant leges ſub hoc titulo in Codice, ſed non duxi referendas, cùm res ſit per ſe clara & facilis. Solùm addo quòd de Iure Bavarico *tit. 2. Summa. Proceſſ. a. 3.* ſi tranſactio fiat inter plebeios & ruſticos, debeat Magiſtratui intra 14. dies ſignificari, & ſi ſumma ſit infrà 50. fl. ad minimum protocollo inſcribi, ſi verò 50. contineat, vel excedat, inſtrumentum publicum, vel à magiſtratu, vel ab ipſis tranſigentibus, qui jus ſignandi habent, confici, propriâ manu ſubſcribi, & ſigillis muniri; ità ut quamdiu hoc non factum fuerit, tamdiu tranſactio nullas vires habeat, licèt teſtibus probari poſſet. Unde patet, hoc Iure non ſemper hunc contractum ſolo conſenſu perfici poſſe. Nunc videndum, quid ad ejus juſtitiam obſervandum ſit.

996. DICENDUM itaque 5. Si ex utraque parte non eſt ſervata æqualitas moralis, & ſecundùm communem hominum prudentum æſtimationem, hoc eſt, ſi plus vel minus notabiliter valet jus dubium quod alter habet, quàm id quod ab altero accipit, ut à lite diſcedat, etiamſi per ignorantiam fiat, tenetur ille qui lucratus eſt, illi qui læſus eſt, ſatisfacere ad æqualitatem, ſaltem in conſcientia. Ratio eſt, quia illud jus dubium venditur quaſi pro re accepta. Porrò valorem dubii juris ſæpè neſciunt æſtimare ſimpliciores perſonæ: ſed à doctioribus, poſſunt intelligere, quanto pretio illud æſtimarent. Quodſi verò moralis æqualitas eſt ſervata, ceſſat omnis obligatio quidquam refundendi, etiamſi poſtea, repertis inſtrumentis conſtaret de rei veritate, quia tempore contractûs jus dubium valebat tantùm, & non plus. Et hoc habetur *l. 19. C. h. t.* ſuprà jam adductâ.

Sed hinc naſcitur quæſtio ſatis controverſa, an in foro externo reſcinderetur tranſactio, ſi læſio fuiſſet ultra dimidium juſti pretii. v. g. ſi prudentes communiter tale jus emerent 100. aureis, & alter tantùm ſolveret. 40. ut creditor ab actione diſcederet. Utraque ſententia tam affirmativa quàm negativa habet pro ſe graves & multos auctores, eſtque proinde ab auctoritate perinde probabilis. Quid verius videatur, dictum eſt in contractu emptionis, in legem 2. *Cod. de reſcind. vendit.*

997. DICENDUM 6. Ut tranſactio valeat, abeſſe debet metus injuſtus cadens in

virum

virum conſtantem. *l.* 13. *C. h. t.* [Interpoſitas metûs cauſâ tranſactiones ratas non haberi edicto perpetuo continetur. Nec tamen qui libet metus ad reſcindendum ea quæ conſenſu terminata ſunt, ſufficit: ſed talem metum probari oportet, qui ſalutis periculum, vel corporis cruciatum contineat.] Cæterùm hæc concluſio cum textu allato intelligenda eſt ſecundùm ea quæ tradita ſunt tractatu octavo de contractibus metu initis, ubi dixi probabiliùs illos claudicare, videantur ibi dicta.

Quod de metu dictum, cum proportione de dolo dicendum eſt, jamque ſuprà leges adductæ ſunt. Et talem tranſactionem claudicare, hoc eſt, ſolùm ad inſtantiam læſi, non item ad inſtantiam illius qui dolum commiſit, reſcindendam eſſe, clarè habetur *l.* 30. *C. h. t.* [Tranſactione finitâ, cùm ex partibus tuis magis dolum interceſſiſſe, quàm eorum, contra quos preces fundis, confiteatis, inſtaurari grave, necnon criminoſum tibi eſt.] Ratio autem eſt, quia turpitudinem ſuam allegans non meretur audiri, ut habent vulgaria, & iniquum eſt, ut aliquis ex dolo ſuo capiat lucrum. Quod de reſciſſione dictum eſt ex parte læſi, adeo verum eſt, ut etiamſi Iuramentum acceſſiſſet, adhuc contractus ad læſi inſtantiam reſcindendus eſſet. Nam Iuramentum eſt intelligendum ſecundùm ſubjectam materiam, nempe ſi contractus ſit bonâ fide celebratus. Et juramentum dolo obtentum non obligare, habetur *c. quamvis de pactis in 6.* & aliis pluribus.

CONTROVERSIA III.

Quibus perſonis permiſſum ſit tranſigere.

SUMMARIUM.

Quid poſſit Procurator cum mandato generali. 998.
An æger tranſigere poſſit. 999.
An pupillus infante major ſine tutore. 1000.
An minorennis. eod.
An Tutores & Curatores. 1001.
An adminiſtratores Civitatum & Syndici. 1002.
An pater in bonis filiorum. 1003.
An Creditor ceſſâ actione contra debitorem poſſit cum debitore tranſigere. 1040.

998. QUÆRITUR 1. Quid poſſit procurator habens generale adminiſtrationis mandatum. De hoc egi capite præcedente, ubi tranſigendi poteſtatem non competere niſi illi, qui vel ſpeciale mandatum, vel generale cum libera habet, adductis Iuribus oſtendi. Hîc ſolùm addo, ex communiore Iuris interpretum opinione contra Iaſonem; illum quoque poſſe tranſigere, qui ſpeciale mandatum habet compromittendi, & vice verſâ, qui habet ſpeciale mandatum tranſigendi, poſſe etiam compromittere, cùm ea ſint inter ſe ſimilia. Ità Interpretes in legem 7. *C. h. t.* & in leg. 10. *C. de de Procuratoribus.* & in *Auth. ſi vero C. de Iudic.*

999. QUÆRITUR 2. An æger tranſigere poſſit. Et quidem cum medico non poſſe aut debere tranſigere, colligunt aliqui DD: ex *l.* 3. *ff. de extraord. cognit.* Sed nec illa lex hoc dicit, nec per bonam conſequentiam inde deduci poteſt. Solùm enim damnat tranſactionem iniquè obtentam. [Si medicus cui curandos ſuos oculos, qui eis laborabat, commiſerat, periculum amittendorum eorum per adverſa medicamenta inferendo compulit, ut ei poſſeſſiones ſuas contra fidem bonam æger venderet, incivile factum præſes provinciæ coerceat, remque reſtitui jubeat.]

Itaque ad quæſitum reſpondetur ex lege 17. *C. h. t.* [Sanum mente, licèt ægrum corpore, rectè tranſigere manifeſtum eſt, nec poſtulare debueras improbo deſiderio placita reſcindi, valetudinis corporis adverſæ velamento.]

1000. QUÆRITUR 3. An Pupillus, infante major, poſſit ſine tutoris auctoritate tranſigere. Treutlerus affirmat, ſi conditionem ſuam manifeſtè faciat meliorem. Sed vix apparet, quomodo poſſit tempore tranſactionis apertè conſtare quòd conditionem ſuam faciat meliorem, quandoquidem Ius eſt dubium. Quodſi meliorem facit plus accipiendo, quàm ejus jus dubium ſtante dubio valet, committitur injuſtitia, ut ſuprâ dictum. Itaque ad quæſitum reſpondeo cum Hunnio q. 16. Aliud eſſe: ipſum poſſe tranſigere, & aliud: caſu quo tranſegerit, & poſtea appareat, quòd conditionem ſuam meliorem fecerit, eum obligari ad ſervandam tranſactionem: itaque ſicut pupillus non poteſt ſine tutoris auctoritate adire hæreditatem, ſi tamen adeundo ſuam conditionem meliorem fecit, valet aditio, ità etiam dicendum, eum tranſigere non poſſe: ſi tamen tranſegit, & conditionem ſuam meliorem fecit, tenebit tranſactio.

QUÆRITUR 4. De minore 25. annis. (Iure Bavarico. 21. annis) Affirmat Treutlerus, eum validè tranſigere abſque auctoritate curatoris quem habet. quodſi læſus ſit, indigere beneficio reſtitutionis in integrum. Verùm quia alibi probavi, hujuſmodi contractû eſſe ipſo jure nullum (niſi juramento confirmetur) adeo ut nec obligationem naturalem pariat, ideo ad quæſitum ſimpliciter reſpondeo, talem contractum

non

non valere, abſolutè loquendo, niſi poſtea appareat, quòd conditionem ſuam meliorem fecerit, prout de pupillo antè dictum eſt. Aliud dicendum de eo, qui non habet curatorem. Nam hujus transactio valet, & ſi læſus eſt, opus habet beneficio reſtitutionis in integrum.

1001. QUÆRITUR 5. De Tutoribus & Curatoribus. Ad quod reſpondendum eſt ex iis quæ *tract.* 4. dicta ſunt de auctoritate Tutorum & Curatorum: quibus cùm competat ex officio libera bonorum omnium minorum & pupillorum adminiſtratio, competet etiam tranſigere circa illa bona, quæ abſque Decreto Iudicis poſſunt alienare, nempe bona mobilia, quæ ſervando ſervari non poſſunt: circa immobilia, aut mobilia quæ ſervando ſervari poſſunt, opus ad tranſigendum eſt Iudicis decreto, & cauſæ cognitione. Iura dicto loco adducta ſunt. Finitâ tutelâ & curatelâ poſſunt etiam cum ipſis jam adultis tranſigere *l.* 1. *C. h. t.* ubi etiam habetur; quodſi unus aut alter tranſegerunt, non prodit iis, quibuſcum non eſt transactum. [Neque pactio neque transactio cum quibuſdam ex curatoribus ſive tutoribus facta, auxilio cæteris eſt in his quæ ſeparatim communiterve geſſerunt, vel gerere debuerunt.]

1002. QUÆRITVR 6. De adminiſtratoribus Civitatum & Syndicis. ℞. Affirmativè *l.* 12. *C. h.* t. ubi hoc ſupponitur fieri poſſe. [Præſes provinciæ exiſtimabit, utrum de dubia lite transactio inter te & civitatis tuæ adminiſtratores facta ſit, an ambitioſè id quod indubitatè deberi poſſet, remiſſum ſit. nam priore caſu ratam manere tranſactionem jubebit, poſteriore verò caſu nocere civitati gratiam non ſinet.] Hoc tamen de mobilibus intelligendum per *l. fin. C. de vend. reb. civit.* nam immobilia hìc prohibentur alienare: ergo & tranſigere ſine conſenſu Superioris.

Excipitur Procurator Cæſaris & Fiſci, l. 13. ff. h. t. *Nulli procuratorum principis inconſulto principe tranſigere licet.* Eodem modo excipiuntur adminiſtratores bonorum Eccleſiæ, ut Prælati & Rectores, OEconomi. c. *contingit.* de transact. in 6. ubi requiritur ratihabitio capituli. ibi. [Reſpondemus, quòd ſi Abbas vel Prior à capitulo ſuo de ratihabitatione litteras habuerit, transactionem quam fecit (ſi fuerit aliquot annis ſervata,) capitulum, acſi non conſenſerit in eam, non poterit revocare.] Videnda ſunt quæ dixi tr. 4. de adminiſtratione bonorum Eccleſiæ, & quæ tradunt Interpretes in tit. *de his quæ fiunt à Prælat. & de rebus Eccleſ. non alien.*

1003. QUÆRITUR 7. An Pater in bonis filiorum poſſit tranſigere. ℞. Quoad filios emancipatos negativè. *l.* 10. *ff. h. t.* [De re filiorum, quos in poteſtate non habuit, tranſigentem patrem minimè eis obeſſe placet.] Quoad illos verò quos habet in poteſtate patria, poteſt probabiliùs (&ſi aliqui contradicant) in bonis adventitiis tranſigere, quia illorum bonorum liberam habet adminiſtrationem, imò & uſumfructum.

1004. QUÆRITUR 7. Vtrum Creditor, qui alteri ceſſit actiones contra ſuum debitorem, poſſit nihil ominus in præjudicium ceſſionarii tranſigere cum debitore circa debitum dubium. Matthæus de Afflictis tenet ſententiam affirmantem. Contrarium tenet Fachineus l. 3. Contr. 94. Affirmativa ſententia ſe fundat in *l.* 3. *C. de Novat.* ubi dicitur. [Si delegatio non eſt interpoſita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanſerunt, quamvis creditori tuo adverſus eum ſolutionis cauſâ mandaveris actiones, tamen antequam lis conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris.] Unde infertur. Ergo adhuc tranſigere poteſt creditor cum debitore, quia actiones directæ apud eum remanſerunt. Et hoc putat verum Afflictus, etiamſi debitor ſciat factam eſſe ceſſionem. Sed negativa ſententia pro ſe affert legem ultimam *ff. h. t.* [Venditor hæreditatis emptori mandatis actionibus, cum debitore hæreditario, qui ignorabat venditam eſſe hæreditatem, tranſegit. Si emptor hæreditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio tranſacti negotii debitori propter ignorantiam ſuam accommodanda eſt.] Vnde benè videtur ſubſumere Fachineus. Ignorantia facit, ut exceptio detur. Ergo ſcientia contrarium efficiet. Nam regula Iuris eſt, quòd qui jam certus eſt, ulteriùs certiorari non debeat. Ergo ſi debitor ceſſus jam ſcit factam ceſſionem, in mala fide verſatur, ſi vel cum cedente tranſigat, vel ei ſolvat. Probatur conſequentia. Nam ſi ei ceſſio denuntiata fuiſſet, non potuiſſet tranſigere ſecundùm l. 3. citatam. Ergo idem dicendum, ſi aliunde ſcivit, nam certus non eſt ulteriùs certificandus.

CONTROVERSIA IV.

In quibus rebus, cauſiſque locum habeat Transactio.

SUMMARIUM.

AN ſuper re judicata poſſit fieri Transactio. Remiſſivè.
An de rebus alienari prohibitis, & quas hæres reſtituere gravatus eſt. 1005.
Referuntur caſus excepti 1006. *& ſeqq.*
Intellectus legis 36. ff. ad SC. Trebell. 1009.
Intellectus legis 104. ff. de ſolut. eod.
Intellectus legis fin. §. fin. ff. de Transactiōn. eod.
An poſſit fieri Transactio circa contenta in teſtamento. 1010.
An transigens debeat ipſe teſtamentum inſpexiſſe 1011.
An poſſint legibus prohibentibus renuntiare. 1012.
An poſſit juramento firmari. 1013.
An Fideicommiſſarii poſſint ſuper fideicommiſſo dubio tranſigere. 1014.
An circa alimenta relicta poſſit tranſigi. 1015. *& ſeq.*
An ſuper rebus Eccleſiaſticis. 1017.
Quomodo poſſit tranſigi inter reum & accuſatorem circa delicta. 1018.
Quid de criminibus non publicis ſed privatis. 1019.
Quare excipiatur adulterium. 1020.
An transactio cum uno impediat accuſationem aliorum. 1021.
An liceat tranſigere de alieno ſanguine. 1022.
An de criminibus minores pœnas quàm mortem merentibus. 1023.
An de ſtupro. 1024.
An dicta hodieque obſerventur. eod.

QUÆRITUR 1. An ſuper re judicata, ſeu poſt litem in judicio finitam poſſit fieri transactio. Ad hoc quæſitum patet reſponſio ex dictis contro. 1. dum explicaretur illa definitionis pars, quòd transactio debeat eſſe de re dubia. Videantur ibi dicta.

QUÆRITUR 2. An de rebus alienari prohibitis, item de illis, quas hæres reſtituere gravatus eſt, poſſit fieri transactio. Reſpondendum &

1005. DICENDUM, regulariter non poſſe de rebus alienari prohibitis tranſigi, aut compromitti, eſſe tamen aliquos caſus exceptos. Concluſio probatur 1. arg. *l. 4. C. de prædiis & aliis. rebus min.* [Non ſolùm per venditionem ruſtica prædia vel ſuburbana pupilli vel adoleſcentes alienare prohibentur, ſed neque transactionis ratione, neque permutatione, & multò magis donatione, vel alio quoquo modo ea transferre ſine decreto à dominio ſuo poſſunt. igitur & tu, ſi fratribus tuis per transactionem fundum dediſti, vindicare eum potes: ſed & ſi quid in vicem ab eis ea eodem pacto conſecutus es, id mutuo reſtituere debes.] Probatur 2. argumento cap. 5. de arbitr. ubi de compromiſſo (quod cum transactione pari paſſu procedere in hoc puncto paulò ſuperius dictum) ſimile quid ſtatuitur ea generali regula, quòd compromitti non poſſit circa res alienari vetitas. ibi. [Cùm etſi ſponte volueris, de jure tamen nequiveris ſine licentia Summi Pontificis renuntiare privilegiis vel indulgentiis libertatis, quæ monaſterium illud indicant ad Ius & proprietatem Romanæ Eccleſiæ pertinere.] Ratio etiam eſt aperta. Nam ſi circa talia licita eſſet tranſactio, aut compromiſſum, jam haberetur expedita via perveniendi ad alienationem.

1006. Dixi: eſſe quoſdam caſus exceptos. Hos refert P. Molina d. 557. à n. 7. & ſunt quatuor. Primus eſt, quando ex rationabili cauſa, ad præcidendas lites, odia, vel alia gravia damna tranſigatur auctoritate Principis, vel eo confirmante. arg. c. 2. *de Transact.* [Poſt ſalubrem deciſionem (*id eſt Transactionem*) de controverſia veſtra factam decrevimus, ut omnia inſtrumenta, vel quidquid aliud eſt, quod partibus quoquo modo aut ex temporis præſcriptione, ſeu aliter opem de lege, aut quocunque privilegio ferre poterat, ſit vacuum, & omni virtute caſſatum, & ſola pactorum inter vos nunc habitorum paginâ validum, perpetuúmque robur obtineat. Cui NB. ſi quid fortè injuriâ vel imperitiâ minùs firmitatis inſertum eſt, vires pleniſſimæ notionis ex hac noſtra auctoritate ſuſcipiat.] Ità Gregorius III. Vnde infert citatus auctor, hanc exceptionem non ſolùm locum habere in dubiis Majoratibus, ſed etiam illis bonis, de quibus Supremi Principes inter ſe tranſigunt, aut compromittunt, de quibus dubium eſt, ad quem Principatum aut Coronam ſpectent, etiamſi alioquin alienari non poſſint. Expedit enim hoc illis licere, ad graviora mala cavenda.

1007. Secunda exceptio eſt, & valida transactio, quando pro re vinculata dubia fit, ità ut apud illum maneat, qui eam ut vinculatam prætendit ad ſe pertinere, & vi transactionis dat de bonis ſuis rem non vinculatam, quàmque poteſt alienare. Ità AA. ab eodem relati. quæ exceptio intelligenda eſt, ſi alter, cui traditur res non vinculata, prætendebat rem controverſam ad ſe liberè & non vinculatam pertinere: nam ſi uterque prætenderet ut vinculatam, v.g. ut Majoratum, non valeret transactio. quia ſic alienaretur ab eo qui prætendit Majoratum, quod non poteſt. Ratio autem exceptionis eſſe debet (nam nullum Ius affertur quo hoc exprimatur) quia ſic res illa alienari prohibita, non alienatur, ſed potiùs retinetur. Ergo prohibitio alienationis

non

non obſtat tranſactioni per quam res dubia redditur certa. Utrum autem illa pecunia quam v. g. Poſſeſſor Majoratûs vi tranſactionis ſolvit, ab ipſo ſolo ſolvenda ſit, an autem ſucceſſores teneantur pro rata aliquid ſolvere, pendet ex eo, an aliorum ſucceſſorum negotium gerere voluerit, & reipsâ geſſerit, necne.

1008. Tertia exceptio eſt: quando tranſactio eſſet conformis ſtatuto præcipienti in tali caſu tranſactionem fieri etiam ab illis, qui alioquin alienare non poſſunt. hoc ipſo enim alienatio eſt licita, quia eſt neceſſaria pro tali caſu, eſto, ſi res non fuiſſet dubii Iuris, alienatio non fuiſſet licita.

Quarta exceptio eſt, ut valeat tranſactio, ſi accedat conſenſus omnium eorum, in quorum favorem res prohibita eſt alienari; quod tamen exiſtimo iterum limitandum (ne hæc exceptio manifeſtum inconveniens inferat) niſi in ſolius illius favorem eſſet alienatio prohibita, qui vult tranſigere, v. g. pupillus aut minor: ſic enim jam omnes conſentirent, ipſo pupillo conſentiente: quia ille ſolus eſt, in cujus favorem prohibetur tranſactio. Ergo poſſet hoc ipſo tranſigere, quod eſt abſurdum. Exceptio colligitur ex lege 11. *C. de fideicommiſſis.* [Quoties ab omnibus, qui alienatione factâ ad fideicommiſſi petitionem adſpirare poſſunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus alii conſenſerint, contractûs auctoritas convelli nequaquam poteſt.]

1009. Contra Concluſionem objici poteſt 1. ex lege 36. *ff. ad SC. Trebell.* ubi habetur; ſi hæres fiduciarius compromittat circa rem aliquam hæreditariam, fideicommiſſarium, antequam ei hæreditas reſtituatur, teneri fiduciario, ſeu gravato cautionem præſtare de eo indemni ſervando, ſi condemnetur: ergo ſupponi videtur, quòd poſſit compromittere circa hæreditatem reſtituendam alteri, adeoque non alienabilem: ergo & tranſigere poterit. Lex ità ait. [Cùm hæreditas ex fideicommiſſi cauſa reſtituta eſt, ſi antè cum hærede compromiſſum eſt, putò fideicommiſſarium cavere debere hæredi.] Hæc tamen lex plures recipit interpretationes. Prima eſſe poteſt, eam loqui de compromiſſione facta in aliquo eventu excepto, inter 4. recenſitos, & ideo validos. 2. quòd loquatur de compromiſſo approbato ab ipſo fideicommiſſario, tanquam ſibi proficuo. 3. Si ſciens tacuit, & ſic tacitè mandatum dedit compromittendi ſuo nomine. 4. Si fortè in illius abſentia factum eſt, negotio benè geſto.

Objici poſſet 2. Lex 104. *ff. de Solut.* dicens: *Ante reſtitutam hæreditatem ſolutiones & liberationes factæ ab hærede ratæ habebuntur.* Ergo etiam tranſactiones erunt validæ. ℞. Legem loqui de liberationibus neceſſariis, non voluntariis. Et ideo conſequentia ſolùm valet ad tranſactionem neceſſariam, non ad voluntariam.

Objici poſſet 3. *ex lege fin. §. fin. ff. h. t.* ubi habetur, tranſactionem factam ab hærede gravato cum debitore hæreditario ignorante gravamen hæreditatis, eſſe validam. ℞. Hoc ipſo per argumentum à contrario inferri poteſt, debitore gnaro fideicommiſſi, non valituram tranſactionem. verba legis ſunt. [Idem reſpondendum eſt, & in eo, qui fideicommiſſam recepit hæreditatem, ſi hæres cum ignorante debitore contraxit.] Et hoc conſtitutum eſt ex æquitate. Quo tamen caſu competet fideicommiſſario contra hæredem illa actio, quæ alioquin competeret contra ipſum debitorem, v. g. ex empto, mutuo, &c. Et ſi detrimentum afferret illa tranſactio, teneretur hæres fideicommiſſario compenſare.

Deniquè, quid vaſallus poſſit circa feudum quod alienare nō poteſt, colligendum eſt ex illis, quæ pleuè de feudis dicta ſunt cap. ultimo, tractat. 9.

QUÆRITUR 3. An poſſit fieri tranſactio circa ea quæ in teſtamento continentur, priusquam ſciatur, quid in teſtamento contineatur, & dum incertum eſt, quid ex illo debeatur, eò quòd necdum fuerit inſpectum teſtamentum.

1010. DICENDUM, & reſpondendum eſt negativè. Habetur l. 6. ff. h. t. [De his controverſiis quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt, quàm inſpectis cognitisque verbis teſtamenti.] Quæ verba repetuntur *l. 1. §. 1. ff. Teſtamenta quemad. aper.* Quòdſi poſt inſpectum teſtamentum & factam tranſactionem Codicilli proferantur, tranſactio ad hos non extenditur. *l. 12. ff. eod.* [Non eſt ferendus, qui generaliter in his quæ teſtamento ei relicta ſunt, tranſegerat, ſi poſtea cenſetur de eo ſolo cogitâſſe, quod primâ parte teſtamenti, ac non etiam quod poſteriore legatum eſt. Si tamen poſtea codicilli proferantur, non improbè mihi dicturus videtur, de eo duntaxat ſe cogitâſſe, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, ſcripturâ continetur.]

1011. DICENDUM 2. Non eſt tamen neceſſe, ut teſtamentum is ipſe inſpexerit, qui circa contenta in teſtamento tranſigit, ſed ſatis eſt, quod ab aliis intellexerit. Debuit tamen relatio fuiſſe vera. Alioquin jam non verificaretur, quòd habuerit veram notitiam contentorum in teſtamento. Ratio autem Concluſionis eſt, quia alioquin, qui legere non poſſunt, nunquam poſſent circa talia tranſigere.

1012. DICENDUM 3. Contra gloſſam *in cit. l. 1.* & contra Ant. Fabr. *in l. 6.* non poſſe tranſigentes validare talem tranſactionem renuntiatione, quâ huic legi renuntiarent. Probatur. Conſtitutio annullans hujusmodi tranſactionem, eſt introducta ad cavendas fraudes: atqui hæ non caverentur ſufficienter, ſi renuntiationi locus eſſet: nam quâ fraude quis induceretur

Digitized by Google

tur ad tranſigendum, eâdem facilè inducerentur ad renuntiandum.

Confirmatur à pari. Nam neque Minor poteſt renuntiare conſtitutioni in ſuum favorem introductæ, nec uxor conſtitutioni annullanti alienationem fundi dotalis. Ratio autem omnium eſt, quia non præcisè in favorem & bonum perſonæ privatæ volentis tranſigere, ſed ſimul etiam & æquè principaliter ob bonum publicum, & ut ultimæ voluntates exitum habeant, ſunt introductæ; & hinc evaneſcit fundamentum gloſſæ: nempe quòd quivis poſſit renuntiare Iuri in ſuum favorem introducto. Negatur, inquam, ſuppoſitum, quòd illa lex intendat unicè favere tranſigenti.

1013. Hinc infero contra P. Molinam, probabiliter nec juramento firmari poſſe talem renuntiationem, non ſolùm tunc quando dolus intervenit, vel alter ſcit, quid ſit contentum in teſtamento (quo caſu etiam P. Molina concedit non poſſe firmari, quia deeſt conſenſus jurantis, qui ſub tacita conditione tranſigit, ſi alter æquè incertus ſit de contentis in teſtamento.) ſed etiã quando uterque neſcit. Ratio eſt, quia confirmatio contractuum per juramentum ſolùm locum habet, quando jura annullant in favorem contrahentis præcisè: atqui annullatio tranſactionis circa ultimas voluntates necdum perſpectas, principaliùs Iura annullant favore teſtatoris, ut ejus ultima judicia non invertantur: ergo non permittunt jura hujusmodi conſtitutionem per juramentum enervari in præjudicium tertii, prout etiam ſupponitur in c. 28. *de Iurejur.* ibi. cùm in alterius præjudicium non redundent.

QUÆRITUR 4. An poſſint fideicommiſſarii inter ſe paciſci de fideicommiſſo ſibi communiter relicto ſub eventu dubio.

1014. DICENDUM & reſpondendum affirmativè per legem 11. *C. h. s.* ubi ponitur caſus. [De fideicommiſſo à patre inter te & fratrem tuum viciſſim dato, ſi alter veſtrum ſine liberis exceſſerit vitâ, interpoſita tranſactio rata erit.] Qui textus niſi exſtaret, potiùs meo judicio contrarium dicendum eſſet, ob rationem paulò antè allatam, ne ultimæ voluntates fruſtrentur. atqui fuit defuncti voluntas, ut ad eum perveniret fideicommiſſum, qui ſuperviveret. & hoc intervertitur fideicommiſſo. Quamvis poſſit etiã in oppoſitum non inconcinna ratio reddi ex eadem lege, quòd per talem tranſactionem tollatur inter eos votum captandæ mortis, & fratrum concordia ſervetur. ibi. [cum fratrum concordiâ remoto captandæ mortis alterius voto improbabili retinetur.]

Sed quid ſi minor fortè poſtea ſe læſum deprehenderet, haberet ne reſtitutionis beneficium. ℞. in eadem lege negativè. ibi. *Neque eam, cui ſubveniri ſolet, ætatem agere te proponas, &c.* Et ratio eſt, quia jure communi ſunt uſi, nec plus unus altero remiſit.

1015. QUÆRITUR 5. An circa alimenta in ultima voluntate relicta poſſit fieri tranſactio. ℞. De hoc exſtare imprimis legem 8. C. h. t. quæ brevis eſt. [De alimentis prætcritis ſi quæſtio deferatur, tranſigi poteſt. De futuris autem ſine prætore ſeu præſide interpoſita tranſactio nulla auctoritate juris cenſetur.] Deinde exſtat lex 8. *ff. h. s.* cum 25. §§. accuratiſſimè concepta: ſed quia nimis longa eſt, ejus ſenſum paucioribus exhibebo. De præteritis alimentis relictis teſtamento aut codicillis, aut donatione mortis causâ, tranſigi quidem poteſt, non item de alimentis in futurum præſtandis, abſque prætoris authoritate & cauſæ cognitione, ſive tranſigentes ſint locupletes, ſive inopes. Non poteſt autem Prætor ſuam Iuriſdictionem alteri mandare. Cognitio autem eorum in tribus verſatur: ut ſcilicet prætor inquirat cauſam tranſactionis, tum etiam modum alimentorum relictorum. præterea perſonam utriuſque, & cui, & à quo ſunt relicta. quorum ſi vel unum negligatur, inanis eſt tranſactio. Cur autem tantopere caverint Imperatores, ne de futuris alimentis teſtamento relictis tranſigeretur, hæc præcipua ratio fuit: quia facilè homines de iis, præſenti modico contenti, tranſigere ſolent. Et inſuper quia facilè ſic cum ipſis alimentis etiam ultimæ voluntates interciderent: ac denique quia de natura alimentorum eſt, ut paulatim præſtentur.

Hinc (ut hoc obiter inſeram) aliud dicendum eſt de aliis contractibus ex quibus alimenta debentur. Cùm enim non ità facilè quis remittere ſoleat, quod ſibi ſuo labore & induſtriâ comparavit, quàm illud quod ſibi teſtamento relictum eſt, nihil eſt cur Prætoris auctoritas ad tranſigendum de alimentis ex oneroſo contractu prætenſis ſit neceſſaria. Quin imò Fulgoſius & Albericus, quos citat, & ſequitur Jaſon in dictam legem 8. *ff. h. t.* exiſtimant, non fore opus Prætoris auctoritate, & cauſæ cognitione, ſi ille, cui ſunt relicta alimenta, in ultima voluntate, gratis, & abſque ulla tranſactione, hoc eſt, nullâ factâ compenſatione remitteret. Ratio eſt, quia ſicut homines difficiliùs remittunt alimenta, quæ debentur ex contractu oneroſo, quàm quæ ex titulo lucrativo, ità etiam difficiliùs remittunt alimenta gratis, quàm pro aliqua compenſatione: ergo ratio ob quam Iura nolunt poſſe tranſigi, non urget in gratuità remiſſione. Sed quidquid ſit de hac opinione, nunc ad legis contenta redeamus.

1016. Prohibetur inſuper in eadem lege, ne alimentarius abſque Prætoris auctoritate tranſigat de agris in alimenta relictis, vel pro alimentis obligatis. Alius tamen, cui agri v. g. legati ſunt cum onere, ut alimenta præſtet, benè poteſt cum tertio aliquo, v. g. cum ipſo hærede de illis agris tranſigere.

Ulte-

Ulteriùs prohibetur alimentarius tranſigere de lite quæ alimentorum nomine fuit intentata. Item prohibetur obligationem alendi commutare in aliam obligationem, vel alium alendi modum, vel novare quoad debitorem, alium loco prioris accipiendo, vel alia loca, aut tempora, quàm teſtamento cautum ſit, alimentis præſcribere.

Quæ omnia vult denique lex eſſe transactioni ſolennia, & illis non obſervatis actum eſſe nullum, niſi ipſe teſtator tali transactioni voluntatem ſuam accommodâſſet, vel conditio alimentarii tali transactione melior evaſiſſet.

1017. QUÆRITUR 6. Utrum de rebus Eccleſiaſticis, ut de beneficio, de Iure præſentandi, de ſubjectione in ſpiritualibus, de Iure decimarum, tranſigi poſſit. ℞. Negativè, ut habetur *in ſeqq. capit.* Et imprimis quoad beneficia exſtat cap. 4. h. t. ubi generalis ratio redditur. [Quia igitur hujusmodi transactiones ſpeciem continent Simoniæ, mandamus, quatenus revocatâ transactione in irritum, cauſam audiatis.] Quoad Ius præſtandi eſt *cap. 9. eod.* [Præterea, quando inter Laicos & viros Religioſos de præſentatione alicujus Eccleſiæ quæſtione ſubortâ tranſigitur, ità quòd præſentationem Laicus obtineat: Religioſi verò novam, vel majorem percipiant in Eccleſia, in qua priùs nullam vel minorem habere conſueverant portionem, an hujusmodi transactio teneat, quæſiviſti. Cùm igitur ipſa pactio Simoniaca meritò videatur, reſpondemus, quod de Iure non tenet, nec ex ea Religioſi ullum debent commodum obtinere.] Quoad ſubjectionem exſtat ſequens cap. ibi. [Prior conſequenter pro majori Eccleſia proponebat, quòd de ſpirituali ſubjectione tranſigere non liceret. Reſpondemus, &c. cùm illa transactio iniquitatem Simonicam continuiſſe putetur.] De Decimis habetur in cap. 2. [Statuimus, ut, ſi ſuper decimis inter vos, & aliquam perſonam Eccleſiaſticam de aſſenſu Epiſcopi vel Archiepiſcopi ſui compoſitio facta fuerit, rata & inconcuſſa perſiſtat.] Ex quo cap. conſtat, quòd cum conſenſu Epiſcopi poſſit fieri amicabilis compoſitio, quæ tamen fiat gratis, prout requiritur expreſsè in cap. 7. eod. [Aliàs ſi gratis, & amicabiliter inter ſe litigantes ſe componant, ſacris Canonibus nequaquam dicimus obviare.] Quodſi compoſitio facta eſt absque auctoritate Epiſcopi, ſucceſſores non obligat, ſed ſolum componentem quoad ejus vitam. c. 5. ibi. *Sed cenſus absque Epiſcopali auctoritate ſolutus vitam ejus qui ſolverit, non excedit.* Quomodo autem res ſpiritualis cum alia ſpirituali, v. g. beneficiũ cum beneficio poſſit commutari absque Simonia, ità ut quod unum minus valet, poſſit in pecunia ſuppleri, tractant Canoniſtæ in *cap. 6. de rerum permutatione.* nec ad noſtrum intentum facit.

QUÆRITUR nunc 6. Quomodo poſſit fieri transactio circa delicta inter delinquentem, & accuſatorem, ut ab accuſatione deſiſtat.

1018. DICENDUM 1. De adulterio, quamvis ſit crimen publicum, & capitale, tranſigere non eſt permiſſum, de aliis verò criminibus capitalibus, & pœnam ſanguinis ſeu vitæ irrogantibus, tranſigere & paciſci licet. *l. 18. C. h. t.* [Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt: in aliis autem publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem.] Circa quæ ultima verba eſt quædam diſſenſio, quomodo ſint intelligenda. Aliqui enim volunt, ſenſum eſſe, quòd qui de crimine non capitali tranſigeret (quæ transactio prohibetur in textu) incurreret in crimen falſi, & pœnâ SC. Turpilliani. Et hunc ſenſum fusè propugnat Hunnius. Veriùs tamen, & magis conſentaneè textui alii intelligunt, Crimen falſi excipi à generali prohibitione, adeoque circa illud, quamvis non ſit crimen capitale, poſſe tranſigi. Quamvis, ut verum fatear, non appareat ratio hoc crimen excipiendi.

Porrò, rationabile erat poſſe tranſigi circa crimen capitale, quia, ut habetur *l. 1. in fine. C. de bonis eorum qui ſibi mortem conſciverunt*: ignoſcendum eſt illi, qui ſanguinem ſuum quocunque remedio redemptum voluit. Quoad crimina publica, ſed non capitalia, ratio prohibendi transactionem erat, ne delicta manerent impunita.

1019. De criminibus non publicis, ſed privatis, nihil habetur clarè deciſum. Communiter ergo DD. diſtinguunt, ut, ſi criminaliter intententur, non liceat tranſigere, benè tamen ſi civiliter. Primum diſtinctionis membrum colligunt ex legè 7. §. 1. *ff. ad SC. Turpillianum.* [Si Stellionatum quis objecerit, vel expilatæ hæreditatis crimen, & deſtitit, pœnam SC. Turpilliani non ſubibit, nec ſi furti, vel injuriarum, ſed officio Iudicis culpa ejus coërcebitur.] Secundum verò membrum ex *l. 13. C. de furtis.* ibi. [Quodſi non tranſegiſti, (*de furto*) ſed de ſublatis partem tantùm accepiſti, reſiduum vindicare vel condicere, & actione furti apud Præſidem agere potes.] Supponitur ergo quòd poſſit transigere, ut ab actione civili diſcedat.

1020. Quare autem à regula generali circa Crimina publica & capitalia fuerit exceptum adulterium, varias rationes ſolent Interpretes divinare. Hunnius q. 48. rejectis aliorum opinionibus illam rationem valdè probabilem aſſignat, quòd cùm accuſatio adulterii certis quibusdam duntaxat perſonis competat, marito ſcilicet, & conſanguineis atque conjunctis, *l. 30. C. ad leg. Jul. de adult.* facilè fieri poſſet, ut admiſsâ transactione facinus illud impunitum maneret, ſecùs quàm poſtulat Reipublicæ utilitas. Adderem ego huic rationi, quòd ſicut pauci ſunt, qui ad

hoc crimen accuſandum admittuntur, ità econtra ſiot oppido multi, qui naturæ corruptæ vitio incomparabiliter magis ad hoc crimen committendum ſunt propenſi, quàm ad ullum aliud crimen capitale, nullúmque aliud ſit, quod faciliùs occultetur: & opulentis non eſſet difficile pauperum uxoribus inſidiari, quos ad transactionem facilè inducerent. Sed quæcunque ratio fuerit, parùm refert, cùm certum ſit, rationem non potuiſſe deeſſe.

Circa dicta hoc quæſito aliqua dubia breviter expedienda reſtant. Itaque

1021. DUBITATUR 1. Quando quis cum uno accuſatore tranſegit, an deinceps ratione ejuſdem criminis à nullo etiam alio poſſit accuſari. ℞. Poſſe accuſari à quocunque alio, cui cæteroquin accuſare permittitur: arg. legis 1. ſup. adductæ. *C. h. t.* & ratio eſt, quia transactio cum uno aliis nec prodeſt, nec obeſt. Hinc neque talis transactio impedit, quominus reus poſſit à Magiſtratu ex officio, & habitâ de novo inquiſitione, novóque proceſſu formato condemnari: nam pacta privatorum non poſſunt derogare Iuri publico.

1022. DUBITATUR 2. An quemadmodum de proprio ſanguine tranſigere licet, ſic etiam liceat de alieno, v.g. filii, aut aliarum perſonarum conjunctarum. Et reſpondetur communiter à DD. affirmativè: quia ſæpè patri gravior eſt mors filii, quàm ipſi filio. Ergo benignitas legis etiam ad patrem, imò etiam ad alios conjunctos extendenda.

1023. DUBITATUR 3. An de criminibus, non quidem pœnam mortis, ſed tamen mutilationis, flagellationis, aut fuſtigationis inferentibus, tranſigere liceat. Affirmat poſt plures alios Petrus Gilkenius *in l. 18. C. h. t.* Communior tamen & verior eſt ſententia negativa. Ratio eſt, quia non comprehenduntur in lege 18. cùm non ſint capitalia; nec propriè dicuntur habere pœnam ſanguinis, per quam intelligebant Imperatores pœnam, quæ vitam naturalem aufert. Neque argumenta adverſariorum quidquam in contrarium probant, & facillimè ſolvuntur, eáque videri poſſunt apud Hunnium *q. 47.*

1024. DUBITATUR 4. An ſicut de adulterio, ità nec de Stupro tranſigere liceat. ℞. De Iure communi ideo non licet de Stupro tranſigere, quia non eſt crimen capitale. Quòdſi tamen aliquo Provinciali Statuto inter crimina capitalia veniret, tunc aliqui volunt adhuc facere paritatem inter Stuprum & adulterium, quòd non liceret tranſigere. Sed communior eſt ſententia, quòd tranſigere liceret, ſicut de aliis capitalibus. Ratio eſt, quia Stuprum non eſt adulterium: atqui ſolum adulterium excipitur. ergo. Accedit, quòd de Stupro poſſit quivis de populo accuſare; ergo nec ratio eadem eſt, quæ pro adulterio afferri ſolet, & paulò antè relata fuit.

Objiciunt. Stuprum adulterii nomine continetur. *l. 6. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult.* Reſpondet Hunnius, potiùs econtra nomine ſtupri adulterium venire l. 101. de V. S. ibi. *Sed lex Iulia de Adulteriis hoc verbo indifferenter utitur.* Sed non econtra appellatione adulterii ſtuprum appellatur: nec ullus textus in Iure exſtat, in quo adulterium pro ſtupro ponatur. Adducunt quidem legem 6. §. 1. *ff. ad L. Jul.* ubi dicitur. *Lex ſtuprum & adulterium promiſcuè & abuſivè appellat.* Verùm, negatur, quòd abuſivè ſumatur in lege prohibente transactionem: & quando nihil obſtat, præſertim in odioſis, ſunt accipienda in ſenſu proprio, & ideo monet textus in verbis ſequentibus. *Sed propriè adulterium in nupta committitur, propter partum ex alio conceptum.*

DUBITATUR 5. An quæ dicta ſunt de delictis non capitalibus, adhuc hodie obſerventur. Ad hoc Reſpondet Hunnius ex Iulio Claro, in delictis etiam non capitalibus transactionem hodiernis moribus licitam eſſe, & vim habere, ut Ius inter partes faciat, & tranſigentem, litémque remittentem accuſatorem ab accuſando impoſterum removeat. Bacchovius in Treutl. th. ult. diſtinctiùs loquitur dum ait, de facto, ſed periculo partium tranſigi poſſe, & ità ut accuſator ampliùs non admittatur, non tamen ità, quaſi SC. Turpillianum penitus ſit ſublatum, h. e. ut nec reus pro convicto, nec accuſator pro tergiverſatore habeatur. Sed in hoc puncto conſuetudo conſulenda eſt.

CONTROVERSIA V.

Quam vim, & quos effectus habeat quaſque actiones pariat Transactio

SUMMARIUM.

IMponit finem litibus. 1025.
Quando tollat actionem. 1026.
Quando detur actio ex ſtipulatu. 1027.
Quidſi dolus interceſſit. 1028.
Quidſi mutuo conſenſu diſſolvatur. 1029.
Quidſi unus ſolus non impleat. 1030.
Quidſi unus dedit, ſed ab altero nihil accepit. 1031.
Quidſi res ab uno data evincatur. 1032.

1025. DICENDUM 1. Transactio æquè litibus finem imponit, ac quando ſententia tranſit in rem judicatam. *l. 20. C. h. t.* [Non minorem auctoritatem Transactionum, quàm rerum judicatarum eſſe, rectâ ratione placuit: ſiquidem nihil ità fidei congruit humanæ, quàm ea quæ placuerant cuſtodiri.] Et l. 10. redditur hujus optima ratio. ibi. [Nullus etenim erit litium finis, ſi à transactionibus bonâ fide interpoſitis cœperit facilè diſcedi.] & l. 16. dicitur: *Cauſas,*

ſunt, vel lites tranſactionibus legitimis finitas Imperiali reſcripto reſuſcitari non oportet. Hinc, ut jam ſuprà dictum, & ex Iure probatum eſt, ne quidem prætextu inſtrumentorum de novo repertorum reſcinditur. Ratio eſt, quia repertio nova inſtrumentorum, non facit, quòd jus tempore tranſactionis dubium plus valuerit, atque id quod pro diſceſſione acceptum eſt.

Cæterùm, quemadmodum ſententia ex falſis inſtrumentis lata reſcinditur, ut habetur toto titulo Codicis *Si ex falſis inſtrumentis*: itâ etiam tranſactiones ex falſis inſtrumentis obtentæ, quantumvis juratæ non valent, ut ſuprà dixi, & ratio eſt, quia tunc deficit in contrahente bona fides: imò etiamſi id per inculpabilem errorem contigiſſet, adhuc idem dicendum eſſet: quia, ut ſuprà monui, intentio alterius contrahentis eſt tacitè conditionata: *Si verè illa inſtrumenta jus dubium reddant.*

1026. DICENDUM 2. Quando tranſactio nudo pacto eſt inita, tunc, Iure Civili inſpecto, Reo ſolùm parit exceptionem, actori verò (hoc eſt illi qui litem movet, aut movere poſſet) ſalva manet prior actio, ſi non præſtetur ab altero id de quo conventum eſt. Habetur *l.* 28. *C. h. t.* ibi. [Quamvis ex pacto non potuit naſci actio: tamen rerum vindicatione pendente, ſi exceptio pacti oppoſita fuerit, doli mali, vel in factum replicatione uſa poteris ad obſequium placitorum adverſarium tuum urgere.] Itaque ſi actori reus objiceret exceptionem initæ tranſactionis, replicatione doli ab actore elidi poſſet, quòd ſcilicet fidem ſervare cupienti ipſe non ſervet.

Quanquam, ſi actor malit tranſactioni inſiſtere, quàm ad priorem actionem reverti, poteſt etiam actione *præſcriptis verbis* reum convenire, hæc enim actio ex contractu innominato, & ſpecialiter ex hoc contractu convenit. *l.* 6. *C. h.* t. in fine. *Vtilis actio, quæ præſcriptis verbis rem geſtam demonſtrat, danda eſt.*

Dixi in concluſione *Iure Civili inſpecto.* Nam quid de Iure Canonico ſit dicendum, aut etiam de Iure prætorio, vide quæ dicta ſunt tract. 8. Contr. 5.

1027. DICENDUM 3. Quando actio ab actore prætenſa fuit per ſtipulationem Aquilianam, & inde ſubſecutam acceptilationem ſublata (ut fieri poſſe ſuprà dictum eſt) tunc ad implenda pacta datur actori actio ex ſtipulatu. *l.* 6. *citata.* ibi. [aut enim ſtipulatio conventioni ſubdita eſt, & ex ſtipulatu actio competit.]

1028. DICENDVM 4. Si dolus intercеſſit, datur actio de dolo, quâ, tranſactione reſciſſâ, prior actio revocatur, niſi ſpecialiter etiã de dolo tranſactum eſſet, vel tempus, quo hæc actio datur, elapſum eſſet. *l.* 4. *C. h. t.* [Actione adminiſtratæ curæ ab eo qui legitimæ ætatis annos explevit, in Aquilianam ſtipulationem deducta, & per acceptilationem extincta, nullam aliam ſupereſſe, niſi de dolo intra conceſſa tempora non ambigitur, niſi ſpecialiter etiam de dolo tranſactum ſit.]

1029. DICENDUM 5. Quando tranſactio mutuo contrahentium conſenſu (ut fieri poteſt) diſſolvitur, tunc prima cauſa ex integro reaſſumitur, & pecunia actori data condicitur ac repetitur. *l.* 14. *C. h. t.* [Si diverſa pars contra placitum agere nititur, æquitatis ratio ſuadet, refuſâ pecuniâ (cùm & tu hoc deſideras) cauſam ex integro agi.] De condictione habetur *l.* 23. *pr. ff. de condict. indeb.* [Eleganter Pomponius quærit: ſi quis ſuſpicetur tranſactionem factam vel ab eo cui hæres eſt, vel ab eo qui procurator eſt, & quaſi ex tranſactione dederit, quæ facta non eſt: an locus ſit repetitioni, & ait, repeti poſſe, ex falſa enim cauſa datum eſt.]

1030. DICENDUM 6. Si unus ſolus nolit vel non poſſit implere quod promiſit, tunc alter agere poteſt, ut vel impleantur promiſſa, vel quæ data ſunt reddantur, & res tota perinde acſi tranſactum non eſſet, in integrum reſtituatur. *l.* 17. *C. h. t.* ibi. *ac petas, vel pacto ſtari, vel data reſtitui.* Aget autem vel *Condictione cauſâ datâ cauſâ non ſecutâ*, ut putat Oldendorpius *in tab. actionum, v.* tranſactio. *p.* 2. *n.* 9. vel actione *Præſcriptis verbis*: cui condictio inſit, ut vult VVeſenbecius.

1031. DICENDUM 7. Quamvis is qui dedit, ſed ab altero nihil accepit, poſſit datum repetere: ſi tamen adverſarius paratus eſt fidem tranſactioni præſtare, tunc, etſi priùs interpellatus fidem præſtare noluerit, poſtea tamen ſe offerens eſt audiendus, & hoc ſenſu dicitur, quod in tranſactione non liceat pœnitere ſicut in aliis contractibus innominatis. *l.* 36. *C. h. t.* [Si major annis 25. tranſegiſti, quamvis dari tibi placita repræſentata necdum probentur, nec offerant hi, qui conveniuntur, ne quid ampliùs ab his exigi poſſit, exceptionis proficit æquitas.]

Si quæras, quamdiu hæc oblatio utiliter fieri poſſit. Bachovius exiſtimat, uſque ad litis conteſtationem. Alii autem, ut VVeſenbecius & Vigelius, volunt uſque ad ſententiam eſſe locum oblationi: quorum ratio eſt, quia propter fidem non ſervatam non ipſo jure fit nulla tranſactio, ſed ope exceptionis; quæ etiam poſt litem conteſtatam opponi poteſt.

1032. DICENDUM 8. Quando res ab uno tranſigentium data poſtmodum evincitur, tunc poteſt ille qui dedit, conveniri actione ex ſtipulatu. *l.* 33. *C. h. t.* ibi. [Ex ſtipulatione ſanè, ſi placita ſervare ſecuta eſt, vel ſi non interceſſerit, præſcriptis verbis actione civili ſubdita apud rectorem provinciæ agere potes.] Verùm de his ſatis. Nam & Iura & Interpretes omnia adeo perplexa reddunt, ut meritò dixerint aliqui, rem hanc non niſi novâ Imperiali deciſione complanari poſſe.

CONTROVERSIA VI.

Quam Extenſionem admittat Tranſactio Particularis, aut Univerſalis.

SUMMARIUM.

Particularis tranſactio non extenditur ad alia, eſto fuerit ab initio aliquid petitum. 1033.
Quidſi fiat ſub univerſalitate actionum. 1034.
Quouſque extendatur Tranſactio univerſalis. 1035.
Quidſi dolus intervenit. 1036.
An comprehendat bona per ultimam voluntatem relicta. 1037.
Quidſi petitio fuit particularis, & ſecuta eſt tranſactio generalis. 1038.

1033. DICENDUM 1. Quando tranſactio fit circa rem aliquam particularem, v. g. circa talem domum, tunc non extẽditur ad quidquam aliud de quo poterat moveri controverſia, etiamſi à principio aliquid aliud fuerit ab actore petitum: adeoque circa alia omnia manet illi integrum jus agendi: Caſus habetur in *l. 3. C. h. t.* [Age cum Geminiano, quòd pater ejus curator tibi datus negotia tua geſſerit. Et ſi apud judicem negabit, ſe hac actione teneri, quoniam tranſactio, & Aquiliana ſtipulatio interpoſita eſt, judex contemplatione judicii, quod bonæ fidei eſt (*intelligo negotiorum geſtorum*) quæret de quanta pecunia nominatim tranſactum ſit: & ſi apparuerit de minore tranſactum, quantam pecuniam reliquam adminiſtratione curæ deberi probatum fuerit, ſolvere eum jubebit, quòd non in ſtipulationem Aquilianam obligationis jure tantum deductum eſt, quanta erat quantitas pecuniæ, quæ debebatur]

Illud tamen concedendum eſt, quòd tranſactio circa rem peculiarem facta, extendatur etiam ad ea, quæ ſunt connexa ac dependentia cum illa re, etiamſi in tranſactione non ſit facta expreſſa mentio. Ità Padilla, & Valaſcus, aliique quos ſequitur P. Molina d. 558. n. 2.

1034. DICENDUM 2. Quando tranſactio fit circa rem particularem quidem, ſed ſub univerſalitate actionum, quibus ea res peti poſſet, eò quòd fortè ex pluribus titulis diverſis poſſet actor velle probare ſuum jus, tunc extenditur tranſactio ita, ut cenſeatur actor receſſiſſe ab omnibus actionibus. Si verò ſolùm receſſit ab una ſpecie actionum, poteſt adhuc intentare alias. Quodſi ſermo fuit indefinitus, dicendo, ſe cedere ab actione circa eam rem, & cedere juri, quod fortè habebat, tunc, ſi præceſſit petitio rei illius ex cauſa ac titulo particulari, ad eam reſtricta cenſetur tranſactio. Si verò præceſſit petitio indefinita, dicendo in genere, rem talem ad ſe pertinere, nullum exprimendo titulum, cenſetur tranſactio extenſa ad omnem cauſam & titulum. Ità poſt Bartolum & Panormitanum P. Molina. Ratio alia non eſt, quàm quia tranſactio ſubſecuta videtur conformiter ad præcedentem petitionem.

1035. DICENDUM 3. Si petitio fuit generalis, vel indefinita, v. g. circa bona Petri; (nam indefinita æquipollet univerſali, ac ſi diceretur: *omnia bona*, ut tradit Bartolus) & tranſactio etiam ſubſecuta eſt generalis, aut indefinita, tunc tranſactio eſt cenſenda fuiſſe extenſa etiam ad ea, quæ tunc abſque alterius dolo non occurrebant. Ità intelligenda eſt lex 29. *C. h. t.* [Sub prætextu ſpecierum pòſt repertarum generali tranſactione finitâ reſcindi prohibent jura.] Sed concluſio intelligenda eſt de illis bonis, quæ inter contrahentes poterant eſſe controverſa, non quæ inter alios aut cum aliis. nam ſtatim ſubjungitur. [Error autem circa proprietatem rei apud alium, extra perſonas tranſigentium tempore tranſactionis conſtitutæ, nihil poteſt nocere.]

1036. DICENDUM 4. Si tamen dolus interveniſſet in occultatione aliquarum rerum, ne alter tranſigens poſſet de illis cogitare & deliberare, tranſactio non extenditur efficaciter ad res dolo occultatas, ſed læſo competit actio de dolo. Caſus & reſolutio habetur in *l. 35. ff. de pactis.* [Tres fratres Titius & Mævius & Seia, communem hæreditatem inter ſe diviſerunt, inſtrumentis interpoſitis, quibus diviſiſſe maternam hæreditatem dixerunt, nihilque ſibi commune manſiſſe caverunt. Sed poſtea duo de fratribus, id eſt Mævius & Seia, qui abſentes erant tempore mortis matris ſuæ, cognoverunt, pecuniam auream à fratre ſuo eſſe ſubtractam, cujus nulla mentio inſtrumento diviſionis continebatur. Quæro, an poſt pactum diviſionis de ſubrepta pecunia fratribus adverſus fratrem competit actio, Modeſtinus reſpondit, ſi agentibus ob portionem ejus quod ſubreptum à Titio dicitur, generalis pacti conventi exceptio his, qui fraudem à Titio commiſſam ignorantes tranſegerunt, objiciatur, de dolo utiliter replicari poſſe.]

1037. DICENDUM 5. Generalis tranſactio non comprehendit bona per ultimam voluntatem relicta, ſi ultima voluntas necdum fuit inſpecta & cognita. Ratio eſt, quia leges ſuprà relatæ expreſsè ſtatuunt, quòd tranſactio circa ejuſmodi bona, priuſquam inſpiciatur ultima voluntas, ſit nulla, ob periculum fraudum, quæ intervenire poſſent.

1038. DICENDUM 6. Quando præceſſit petitio particularis, deinde verò ſecuta eſt tranſactio generalis, non hoc ipſo tranſactio extenditur ad alia quàm ad petita, dummodo verba generaliter concepta poſſint ex modo communi

Digitized by Google

muni loquendi reſtringi ad illud particulare, de quo fuit inſtituta petitio. Exemplum. Petrus debet Ioanni 100. ex mutuo, & ducenta ex vendito. ſi tranſigant, factâ petitione centum debitorum ex mutuo, transactio de illis ſolis intelligetur, etiamſi in transactione Ioannes dixiſſet: *remitto tibi totum debitum, quod petere poſſem.* Habetur *l. 31. C. h. t.* [Si de certa re pacto transactionis interpoſito hoc comprehenſum erat: *nihil amplius peti:* etſi non additum fuerat: *eo nomine;* de cæteris tamen quæſtionibus integra permaneat actio.] Ratio eſt, quia ſubſequens tractatio, debet, ſi poteſt, concordari cum petitione, illique reſpondere, niſi ex verbis, aut aliis circumſtantiis aliud colligatur.

CONTROVERSIA VII.

Vtrum Transactio ſit Contractus ſtricti Iuris.

SUMMARIUM.

AN transactio ſit ſtricti Iuris, inſpectis Juribus. 1039.

An qui de injuria tranſigit, cenſeatur remiſiſſe damnum injuriâ datum. 1040.

1039. DICENDUM eſt ob communem Interpretum auctoritatem eſſe ſtricti Iuris. Probatur 1. ex §. 28. *Inſt. de actionibus*, ubi actiones bonæ fidei enumerantur, nec tamen inter illas ponitur actio, quæ competit ex transactionis pacto nudo: nempe *præſcriptis verbis*. Nam licet ibi ponatur actio, *præſcriptis verbis*; ea tamen reſtringitur ad *æſtimatoriam* & permutationem. Vnde inferunt Interpretes, cæteros contractus innominatos eſſe ſtricti juris. Ità quidem in Iure ſtatuitur: & differentiæ actionum bonæ fidei à ſtricti Iuris videri poſſunt apud Harpprecht in d. §. Verùm nec apud hunc, nec apud alium Interpretem potui reperire regulam aliquam generalem ex intrinſeca natura *Conventionis* petitam, unde quaſi à priori colligi & inferri poſſit, cur iſte vel ille contractus ſit bonæ fidei aut ſtricti juris: ſicut traditur regula generalis ex natura conventionum petita, cur in hoc vel illo contractu ſit præſtanda ſolùm culpa lata, in alio levis, in alio leviſſima. Talem, inquam, regulam ſæpè deſideravi, ſed nuſpiam reperi ullam, quæ non poſſit inſtantiis impugnari. Quare, quamdiu regula non traditur intrinſeca, contenti eſſe debemus regulâ extrinſecâ, quæ eſt lex.

Probatur concluſio 2. quia ut ex præcedente Controverſia conſtat, transactio ne quidem à Iudice poteſt ex æquo & bono amplius extendi, quàm fuerit à contrahentibus extenſa. *l. 9. §. 1. ff. h. t.* [Transactio quæcunque ſit, de his tantùm, de quibus inter convenientes placuit, interpoſita creditur.] Idem habetur *l. 31. C. h. t.* ſuprà relata, dum dicitur. *De cæteris tamen quæſtionibus integra permaneat actio.*

Solet à quibuſdam etiam ex eo probari eſſe ſtricti juris, quia ſi eſſet bonæ fidei, tunc interveniente dolo contractus eſſet ipſo jure nullus. atqui transactio non eſt ipſo jure nulla, ſed ope exceptionis de dolo eſt reſcindenda: ergo non eſt bonæ fidei, nam actio de dolo ſupponit contractum valere. Hæc tamen ratio me non moveret, nam in tract. 8. ex probabiliore ſententia docui, quoad hoc non eſſe diſcrimen, nec ex natura rei, nec ex jure poſitivo, inter contractus bonæ fidei & ſtricti juris, ſed omnes, ſi dolo dante cauſam contractui ſunt initi, claudicare, & eatenus valere, niſi innocens petat reſciſſionem.

1040. Ex eo quòd iſte contractus ſit ſtricti juris, infert Treutlerus, quòd is qui de injuria tranſigit, non cenſeatur remiſiſſe jus perſequendi damnum injuriâ datum, quia eſt diverſum utriuſque objectum, nec unum eſt alterius acceſſorium.

Item, quamvis de principali negotio transactum ſit, & hoc ipſo etiam cenſeantur remiſſæ expenſæ litis tanquam acceſſoriæ, non tamen cenſentur remiſſæ expenſæ contumaciæ, quia non acceſſoriè ſed principaliter debentur, ut idem auctor tradit poſt Gail & Mynſingerum, quæ tamen ad præſentem materiam non ſpectant.

Digitized by Google

CAPUT XI.

DE RELIQUIS CONTRACTIBUS INNOMINATIS.

EXpeditis hactenus Contractibus Famoſiorib⁹. & accuratiore tractatione dignis, reſtant illi, quos Interpretes & DD. ſub titulo Innominatorum complectuntur; & quamvis plurimi putent, eos adæquatè dividi in quatuor ſpecies: *Do ut des. Do ut facias. Facio ut des. Facio ut facias.* Alii tamen his adnumerant *Permutationem & æſtimatorium.* Cambium etiam, & Tranſactionem communiter innominatos dicunt, quia ad unam ex dictis ſpeciebus revocari poſſunt. ſed inter hos & ſub hoc titulo nemo eſt, qui eos tractaverit, & meritò, quia ob ſpeciales difficultates, quas patiuntur, & ob affinitatem cum contractibus nominatis, ſpecialem quoque locum merebantur.

CONTROVERSIA I.

De Contractibus Innominatis in quatuor genera diviſis, eorumque ab aliis & inter ſe differentia.

SUMMARIUM.

DEfinitio *Contractuum Innominatorum communium.* 1041.

Si unus dedit ex contractu, Do ut des, *alter non dedit abſque culpa, cujus periculo ſit res danda.* 1042.

Intellectus legis fin. ff. de condict. ca. da. eod.

Quid ſi verò res danda ex culpa periiſſet. 1043.

Ex contractu do ut facias, *ſi res data evincatur, quæ actio detur illi qui fecit.* 1044.

Quæ actio detur facienti, ſi alter non det. 1045.

Ad quod genus vocetur contractus, quo paciſcor rem ad uſum tradendam, ut alter det pecuniam. 1046.

Quomodo diſcernedus contractus Do ut facias: à Facio ut des. 1047.

Quomodo revocentur contractus de non faciendo. 1048.

Quo pertineant mixti. eod.

In dubio qualis præſumatur, an nominatus vel innominatus. 1049.

1041. QUatuor recenſitis generibus contractuum innominatorum, maximè propriè accommodatur communis definitio contractuum innominatorum, nempe: qui proprio ac ſpeciali contractûs nomine carent, adeoq; nomē quo exprimuntur, etiam aliis nominatis contractibus eſt applicabile. Sic enim *Do ut des* eſt applicabile contractui emptionis venditionis, ubi datur pretium, ut detur merx. *Do ut facias*: Eſt applicabile locationi conductioni, ubi datur merces, ut laboretur in vinea. *Facio ut des*, eſt eidem applicabile, ut conſideranti patet. *Facio ut facias*: eſt applicabile contractui ſocietatis, quo reciproca opera confertur.

Quia verò poteſt fieri talis conventio, quibus hæc vocabula conveniunt, & tamen ad nullum ex nominatis contractibus pertinere poteſt, ideo talis conventio erit contractus innominatus, ſeu communi nomino contentus, & pro quo necdum ſpeciale vocabulum inſtitutum ac à Iure approbatum eſt. Sic ſi tibi dem equum, ut mihi des bovem, non erit emptio venditio, quia non intercedit pretium, quod in ſola pecunia verificatur. Item ſi tibi dem equũm, ut labores in vinea, non erit locatio, quia ad hanc requiritur merces, quæ debet in re fungibili conſiſtere, imò, ut aliqui volunt, in pecunia numerata. Pari modo ſi darem pecuniam ut manumittas ſervum, non erit locatio, quia manumiſſio non eſt factum locabile, ut notat P. Molina. Item ſi ædificem tibi domum Ingolſtadii, ut cauſam meam agas Monachii, non erit ſocietas.

Prædicta quatuor Genera explicantur ordine in Digeſtis l. 19. tit. 5. à §. 1. *De præſcriptis verbis.*

1042. QUÆ-

1042. QUÆRITUR nunc circa primum genus, *Do ut des.* Si Petrus dedit, quod debebat, v. g. equum, Paulus autem necdum dedit bovem, quem dare debebat, ſed non fuit in mora aut culpa, bos autem pereat, cujus periculo pereat, an Petri, cui debetur, an Pauli qui debet. ℞. Qnemadmodum in venditione, periculum rei venditæ ad emptorem ſpectat, etiamſi necdum ſit illi tradita merx, ità periculum in caſu poſito ſpectare ad Petrum. Ità habetur *l. 5. §. 1. in fine. ff. de præſcr. verb. Si ſcyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat, culpam præſtare debes.*

Objici tamen poſſet. Petrus habet actionem adversùs Paulum, qua repetere poteſt equũ datum, nempe condictionem cauſâ datâ, cauſâ non ſecutâ: ergo non illius periculo periit bos apud Paulum. Antecedens probo ex lege fin. *ff. de Condict. cauſ. da.* ibi. *Si mortuus eſt Stichus, repetere poſſum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.* Reſpondet Coraſius in hoc caſu, eum qui Stichum dare debebat, fuiſſe in mora. Quæ reſponſio mihi divinatoria videtur, & contra contextum illius legis, quæ expreſſè vult aſſignare diſcrimen inter emptionem, & contractum innominatum, nec periculum rei reddendæ in eodem rigore ſpectare ad eum cui Stichus dandus eſt, ſicut ad emptorem ſpectat periculum mercis, qui nec pretium repetere poteſt, ſi merx ſine mora & culpa pereat. [Dedi tibi, (inquit Celſus in d. l.) pecuniam, ut mihi Stichum dares, utrum id contractûs genus pro portione emptionis & venditionis eſt? an nulla hîc alia obligatio eſt, quàm ob rem dati re non ſecutâ? in quod proclivior ſum: (*Ecce! Celſus putat ex intentione contrahentium fuiſſe contractum innominatum, unde ſic infert:*) & ideo (*nempe quia non eſt venditio*) ſi mortuus eſt Stichus, &c.]

Magis ergo mihi placet Reſponſio Collegii Baſileenſis *in theſib. de contr. innom. th* 12. Stichum etiam dictâ lege fuiſſe periculo illius qui pecuniam dedit, non obſtante quòd pecuniam repetere potuerit, quia fortè Stichus pluris erat, quàm quod ego dedi, nec tamen æſtimationem ejus petere poſſum, ſed unicè id quod dedi ob cauſam non ſecutam. Et ità etiam reſpondet Donellus & VVeſenbecius.

Quodſi obiter quæras, ex quo fundamento potuerit reſolvere Celſus, in dicto caſu non fuiſſe emptionem, reſpondent, quia ad venditionem non requiritur actualis traditio, ſed ſufficit, venditorem poſſeſſionem vacuam dare, & de evictione teneri: quod in dicto caſu contrahentes non intendebant, aut certè dubium eſſe poterat: in dubio autem præſumitur contractus innominatus ex plurium ſententia.

1043. QUÆRITUR 2. Si verò res ex mora aut culpa alia periiſſet, quæ actio conveniret Petro adversùs Paulum in caſu primi quæſiti. ℞. Competere actionem ad intereſſe, niſi malim re meâ redditâ contentus eſſe. *l. 5. §. 1. ff. de præſcrip. verb.* ibi. [Dubium non eſt, naſci civilem obligationem: in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, ſed ut damneris mihi, quanti intereſt meâ, illud de quo convenit, accipere: vel ſi meum recipere velim, repetatur quod datum eſt, quaſi ob rem data, re non ſecutâ.] Unde infert gloſſa Gothofredi, quòd Petrus poſſit eligere, utrum datum condicere malit, an verò agere ad id quod intereſt.

1044. QUÆRITUR 3. Circa Contractum *Do ut facias.* Si v. g. ſervum tibi dem, ut ſervum tuum manumitteres; ſi manumiſiſti, & is quem dedi poſtea evincatur, quânam tibi actione adversùm me ſuccurratur. Ad hoc quæſitum habetur reſponſio diſertis verbis (ut mirum ſit Donellum, & VVeſenbecium aliter ſentire) in *lege cit. §. 2. in fine.* [Sed ſi dedi tibi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres, & manumiſiſti, & is, quem dedi, evictus eſt, ſi ſciens dedi de dolo in me dandam actionem Julianus ſcribit, ſi ignorans, in factum civilem.] Nempe in factum incerti præſcriptis verbis, ut dicitur in lege *Juris gentium. §. 1. ff. de Pactis.* de qua actione plura inferiùs.

1045. QUÆRITUR 4. Circa Contractum *Facio ut des.* Si ego feci quod debebam, tu autem non des, quod debes, quâ actione à me conveniri poſſis. Quam quæſtionem putavit Paulus de Caſtro eſſe de ſummis Juris apicibus, & ſi J.Cti reviviſcerent, non poſſent Jure ab omni antinomia vindicare. Dixi aliquid de quæſtione hac tract. 8. à n. 50. quibus nunc aliqua addam.

Imprimis certum eſt non dari Condictionem ejus quod factum eſt, nam cùm factum infectum fieri nequit, quomodo condictione repeteretur? Ad quæſitum igitur reſpondet Paulus in lege cit. §. 3. *Quodſi faciam ut des, & poſteaquam feci, ceſſes dare, nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur.* Quibus verbis ſtatim primâ fronte videtur Paulus negare, quòd detur actio *præſcriptis verbis*: nam hæc eſt civilis: hoc autem eſt adverſum aliis Juribus, quibus actio præſcriptis verbis conceditur, lege 15. *in fine. ff. de Præſcript. verb.* mox referendâ.

Reſpondent ergo aliqui cum Coraſio, & Duareno, actionem præſcriptis verbis tunc ſolùm non dari, quando dolus intervenit, quia tunc datur actio de dolo, & hoc ſolùm negari in adducta lege 5. §. 3. at verò quando nullus dolus intervenit, dari actionem præſcriptis verbis. Et huic interpretationi non obſcurè favet lex 15. ubi ad eundem caſum in fine ſic reſpondetur. [Ergo civilis actio oriti poteſt, id eſt; præſcriptis verbis, niſi ſi quis & in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat, NB. ubi dolus aliquis arguatur.]

Conſtr-

Digitized by Google

Confirmari poſſet hæc Reſponſio, quia, ut habet regula generalis, nunquam datur actio de dolo, quando adeſt actio civilis. Ergo dum ICtus dicit, in caſu poſito dari actionem de dolo, negat dari actionem civilem præſcriptis verbis: ergo quando datur actio præſcriptis verbis, ſupponitur, dolum non interveniſſe.

Collegium Baſilieenſe aliter reſpondet, & docet, in caſu quæſiti, etiam quando dolus intervenit, dari actionem præſcriptis verbis, quâ agitur, ut alter impleat contractum, neque hanc negari à Paulo ICto, ſed negari ſolùm actionem civilem ad repetendum factum, qualis nulla eſt: & hujus loco ſubſtitui actionem de dolo. Verùm, huic reſponſioni obſtare videtur, quia ſic non ſalvatur regula, quæ habetur *l. 1. §. 1. ff. de dolo. Quæ dolo malo facta eſſe dicuntur, ſi de his rebus alia actio non erit, judicium dabo.* Admittit enim hæc reſponſio actionem civilem unà cum actione de dolo. Ad hoc tamen reſpondetur, actionem de dolo non admitti ad petendam impletionem contractûs, ad quam tendit actio præſcriptis verbis, ſed ad reſcindendum contractum, ad quam reſciſſionem, quia non poteſt dari actio civilis ad repetendum factum, quia factum infectum fieri nequit, ideo ſubſtituitur actio de dolo. Aliter reſpondet Ant. Perez n. 7. dari actionem præſcriptis verbis, ſed prætoriam ſolùm, non civilem, & tunc ſolùm, quando dolus abeſt, cujus rationem dat, quia iſte contractus nulli contractui nominato ſimilis eſt, & ideo ex eo non datur actio civilis. Idem cenſet Henricus Zœſius, & hac ratione videntur Iura meliùs conciliari. Sed prior reſponſio rationi conformior eſt.

1046. QUÆRITUR 5. Ad quem ex contractibus innominatis ſpectet, quando unus paciſcitur non merum factum, ſed alicujus rei traditionem, non quidem translativam dominii, ſed uſûs conceſſionem, ut alter det pecuniam. v. g. do tibi meum equum utendum, ut mihi tantum des mercedis loco, quantum poſteà inter nos convenerit. ℞. Non eſſe contractum *Do, ut des.* quia in contractu debet per dationem intelligi translatio dominii. Neque eſſe locationem, quia non convenitur à principio de certo pretio: ſed eſſe contractum innominatum *Facio ut des.* nam & traditio eſt aliquod factum. Et colligitur ex §. 1. *Inſt. de locat.* ibi. [Si fulloni polienda curandave veſtimenta quis dederit, nullâ ſtatim mercede conſtitutâ, ſed poſtea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur, ſed eo nomine actio præſcriptis verbis datur.] idem habetur lege 22. ff. h. t.

1047. QUÆRITUR 6. Quomodo poſſit judicari, an potiùs ſit contractus *facio ut des*: quàm, *do ut facias*: quandoquidem eadem videtur eſſe utriuſque reciprocum negotium. ℞. hoc eſſe judicandum ex initio executionis. ſi enim incipiat à facto, erit contractus *facio ut des.* & tunc altero non dante dabitur actio de dolo, ut dictum. econtra ſi incipiat à datione, erit do ut facias, & conveniet actio præſcriptis verbis, Condictio, &c. de quibus paulò pòſt.

1048. QUÆRITUR 7. Quomodo ad hæc contractuum genera revocentur illi contractus, in quibus quis ſe obligat ad non agendum: v. g. deſiſto ab accuſatione ut mihi des equum, vel econtra: do equum ut deſiſtas. ℞. Revocari ad affirmativos, *facio ut des*, & econtra.

QUÆRITVR 8. Quò pertineant mixti. v. g. do equum & laboro per decem dies in vinea, ut des bovem, & ædifices mihi domum. ℞. Reſolvi in ſimplices, qui continentur.

1049. QUÆRITVR 9. Quando dubium eſt, an Contractus ſit nominatus vel innominatus, qualis eſſe præſumatur. ℞. Præſumi innominatum, *l. 1. §. 1. ff. de præſcript. verb.* [Domino mercium in magiſtrum navis, ſi ſit incertum, nitrum navem condnxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum eſſe dandam Labeo ſcribit.] & *l. 1. ff. de æſtimator. act.* ibi. [Quoties enim de nomine contractûs alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam æſtimatoriam præſcriptis verbis actionem.] Et ratio ſic præſumendi videtur eſſe. Quia ſicut non præſumitur obligatio ſimpliciter, quando non probatur, ità non præſumitur gravior præ minùs gravi, quando non probatur niſi obligatio in genere. Atqui obligatio ex contractu innominato eſt minùs gravis & firma, quàm quæ ex contractu nominato convenit, ut conſtabit ex dicendis. Ergo, &c.

CONTROVERSIA IL

Quomodo in Contractibus innominatis liceat Pœnitere.

SUMMARIUM.

QVo ſenſu re adhuc integrâ liceat utrique pœnitere. 1050.
Intellectus legis 5. ff. de Condict. ca. data. eod.
Quando naſcatur obligatio naturalis. 1051.
Quomodo poſſit celebrari contractus, ut neuter obligetur ad incipiendum. 1052.
Quomodo præſumantur celebràſſe, ſi non expreſſerunt. 1053.

CErtum eſt, quòd quando unus implevit, & alter eſt in mora, nec vellet contractum implere quando debet, ille qui implevit poſſit bonâ conſcientiâ pœnitere, ac à contractu reſilire, & quod ex parte ſua dedit, repetere. Ratio eſt, quia fidem non ſervanti fides non debet ſervari,

ob

Digitized by Google

ob tacitam conditionem quæ ſubeſt. Difficultas ergo eſt, quando alter non eſt in mora, item quando res adhuc eſt integra, an liceat pœnitere. Et quidem procedit Quæſtio tam de foro externo (in quo eſt minor difficultas, & res ſatis deciſa in Iure Civili,) quàm de foro interno, in quo eſt ſpecialis difficultas, an liceat pœnitere re adhuc integrâ, vel antequam alter implevit: naſcitur autem difficultas ex eo, quòd videatur tali pœnitentiæ obſtare obligatio naturalis.

Ob hanc rationem P. Molina poſt quosdam quos ipſe citat diſp. 258. n. 7. ponit hanc concluſionem. Quamdiu alter, qui nondum implevit, non eſt in mora, paratúsq; eſt ex ſua parte implere, nec de jure Canonico nec in foro conſcientiæ fas eſt ei qui implevit pœnitere & repetere quod dedit: ſi verò repetat, ipſique in ſæculari foro adjudicetur, tenetur id reſtituere atque ſtare contractui. Ita Molina: cui ex parte adſtipulatur P. Dicaſtillo n. 43. ſed n. 48. breviter indicat limitationem, quæ non videtur eſſe ad mentem Molinæ, mihi tamen veriſſima videtur. Vt ergo Controverſia diſtinctiùs examinetur

1050. DICO 1. De Iure Civili licitum eſt unicuique contrahentium pœnitere re adhuc integrâ, hoc ſenſu, quòd contra nolentem implere contractum, non detur alteri actio in foro externo. Item illi qui ex ſua parte implevit, licet pœnitere, & datum repetere, antequam alter impleverit, etiamſi non fuerit in mora, dummodo indemnis ſervetur, & ad repetendum datur actio civilis, nempe *condictio causâ datâ causâ non ſecutâ*. contra quam non admittetur in Iure exceptio. In hac concluſione conveniunt DD. & quidem prioris membri ratio fundatur in eo, quòd ex pacto nudo non detur Iure civili actio, etiamſi obligatio naturalis nata eſſet. Secunda pars habetur in toto titulo Digeſtorum: *de Condictione cauſa data, &c.* Habetur, inquam, valdè diſertè in lege 5. [Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiſcendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficiſcereris, an condici poſſit, videndum. & cùm per te non ſteterit, poteſt dici repetitionem ceſſare. Sed NB. cùm liceat pœnitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum eſt, niſi fortè tuâ intererſit, non accepiſſe te ob hanc cauſam pecuniam, nam ſi ità res ſe habeat, ut licèt nondum profectus ſis, ità tamen rem compoſueris, ut neceſſe habeas proficiſci, vel ſumptus, qui neceſſarii fuerunt ad profectionem, jam feciſti: ut manifeſtum ſit te plus fortè, quàm accepiſti, erogâſſe, condictio ceſſabit: ſed ſi minus erogatum ſit, condictio locum habebit, ità tamen ut indemnitas tibi præſtetur ejus quod expendiſti.]

Dices, hanc legem poſſe intelligi, quòd ideo detur repetitio, quia jam eſt elapſum tempus, quo eundum erat, & quia jam non ampliùs poteſt iri ad eum finem quem intendit ille qui pecuniam dedit.

Sed contra. Quia lex non ſe fundat in defectu conditionis, vel quaſi contractus factus eſſet in certum diem, ſed in Iure pœnitendi, adeoque etiam tunc, quando adhuc poſſet ex altera parte impleri.

1051. DICO 2. Si contractus innominatus fuerit ità factus, ut ſaltèm unus illorum ſe obligaverit, v. g. ad dandum, etiamſi tunc alter necdum det, adeoque ad contractum ex parte ſua implendum, & ſic ad incipiendam executionem, in tali caſu naſcitur obligatio naturalis ad ponendum quod promiſſum eſt, & ſi accederet ſtipulatio, daretur actio civilis ex ſtipulatu. Conſtat concluſio ex alibi diſputatis, & eſt extra controverſiam. Nulla enim lex reſiſtit hujusmodi pacto, quo minùs inducat obligationem naturalem.

1052. DICO 3. Poteſt tamèn Contractus ità celebrari, ut neuter contrahentium abſolutè & ſimpliciter teneatur incipere executionem contractûs, quia poſſunt ſe ſolùm velle obligare conditionatè, hoc modo. *Si tu mihi dederis equum, & eum acceptavero, ero tibi obligatus dare bovem.* & econtra alter eodem modo ſe obligat ad dandum equum, ſi ſibi fuerit datus bos, & acceptatus. Quo caſu unicuique eſt integrum incipere contractum, &, caſu quo alter acceptet datum, inducere in alterum obligationem abſolutam. Cum hoc tamen ſtat, quòd neuter teneatur dare abſolutè, incipiendo executionem, adeoque neuter habet ullam obligationem naturalem incipiendi, ſed utrique re integrâ eſt licitum pœnitere, etiam in foro conſcientiæ. Item, is qui liberè incipit, & alter acceptat, habet quidem alterum ſibi obligatum, ſed necdum eſt alteri ullo modo obligatus, adeoque poteſt etiam in foro conſcientiæ pœnitere, & repetere, quod dedit. Ratio eſt, quia dando voluit quidem alterum obligare conſentientem per acceptationem, ſed non hoc ipſo voluit obligari ad non repetendum, antequam alter impleat contractum: quia voluit ſolùm obligari, ad non repetendum, ſi alter etiam dederit, & ipſe acceptaverit. Res eſt clara conſideranti, nec poteſt in hoc contrahendi modo ulla repugnantia vel iniquitas oſtendi. Hæc mihi videtur eſſe mens P. Dicaſtillo n. 48. circa medium, dicentis. Tertiò, aliquando ità contrahunt nonnulli, ut ex verbis & modo contrahendi ſatis conſtet, illos noluiſſe ſe obligare ante impletionem contractûs: in quo caſu ſecundùm ſeveritatem Iuris naturalis licitum eſt cuilibet illorum recedere.

1053. DICO 4. Niſi expreſsè ſe voluerint contrahentes obligare eo modo, quo dictum eſt in ſecunda concluſione, præſumendum eſt, quòd celebraverint contractum juxta tertiam concluſionem: & hac ratione optimè defenditur Ius civile, ut nihil præjudicet Iuri naturali, aut Canonico, quando admittit pœnitentiam, &

negat actionem, imò dat actionem ad repetendum datum, quod tamen planè iniquum eſſet, ſi (ut vult Molina) in eo qui implevit contractum, daretur obligatio naturalis non repetendi datum. Hac enim ratione ſo vereneur peccata manifeſtè, quia nemo reſtitueret id quod per Iura reperitum obtinuit. Cùm ergo in hoc nemo ſcrupulum habeat, dicendum eſt, quòd non adſit obligatio naturalis: & quòd contrahentes non voluerint ſe obligare niſi eo modo quo Iura præſumunt; & quo modo fieri poſſe dictum eſt. Eadem mens mihi videtur eſſe Lugonis, Laymanni & aliorum, qui ſimpliciter pronuntiant, licere in caſibus poſitis reſilire, & datum repetere.

Confirmatur concluſio efficaciter ex eo, quòd actio civilis, ſc: Condictio quâ datum repetitur, ſit actio efficax, ut fatetur Molina & Gomez, aliique omnes: atqui non eſſet efficax, ſi repetens haberet obligationem naturalem non repetendi, ut vult Molina. Probatur Minor. Eſt enim regula certa, quòd obligatio naturalis pariat exceptionem. Ergo reus conventus exciperet dicendo, quòd alter habeat obligationem naturalem. Reſpondet quidem Gomez, & ex eo Molina, quòd Regula procedat ſolùm quando eſt obligatio naturalis ſimplex, non item quando eſt cum correſpondentia ſimilis obligationis naturalis; ut eſt in caſu noſtro. Hæc tamen reſponſio non meretur impugnationem, tum quia eſt merè arbitraria, tum quia non defendit legem ab iniquitate, ſed potiùs accuſat, tum denique quia correſpondens obligatio non minuit vim unius. Confirmatur denique concluſio ex dictis de mandatario habente Ius pœnitendi re integrâ. videantur ibi dicta.

Objicit P. Molina. Quando pacto accederet ſtipulatio, tunc nec de Iure Civili liceret pœnitere. Ergo ſine ſtipulatione non licet Iure Canon. quia Ius Canonicum non curat ſtipulationem. ℞. Diſtinguendo conſeq. ſi contraxerint eo modo, de quo loquitur ſecunda concluſio, concedo, ſecùs nego. Stipulatio accedens indicaret animum ſe abſolutè obligandi, ut colligitur ex lege 3. *C. de rerum permutatione. Ex placito permutationis, nullâ re ſecutâ, conſtat nemini actionem competere, niſi ſtipulatio ſubjecta ex verborum obligatione quæſierit partibus actionem.*

CONTROVERSIA III.

De Actionibus, quæ ex Contractibus innominatis dantur, & an ſint Stricti Iuris.

S U M M A R I U M.

Datur ex his Contractibus actio Præſcriptis verbis. 1054.
Hæc actio ſupponit reciprocam obligationem. eod.
Ex quibus obligationibus detur Condictio ex lege. eod.
Quando detur Condictio ob cauſam cauſ. non ſecutâ. 1055.
Intellectus legis 3. §. 3. ff. de Condict. ca. dat.
Intellectus legis penult. C. de Condict. ob cauſam datorum. eod.
An actio Præſcriptis verbis *ſit ſtricti Iuris.* 1056. *& ſeq.*
Intellectus §. 28. Inſt. de act. 1058.

1054. DICENDUM 1. Dari actionem præſcriptis verbis, de qua exſtat titulus tam in Digeſtis, quàm Codice *de Permutatione & præſcr. verb.* quâ is qui contractum ex ſua parte implevit, recuſantem impletionem ex altera parte convenit ad hoc, ut impleat contractum. *l. 3. ff. h. t.* [In quam (*præſcriptis verbis actionem*) neceſſe eſt confugere, quoties contractus exiſtunt, quorum actiones nullæ Iure civili proditæ ſunt.]

Dices: ex hoc videtur inferri poſſe, quòd etiam ex donationis contractu daretur actio præſcriptis verbis, quod tamen falſum eſt. Sequela probatur. Quia nulla actio ſpecialis in Iure conſtituta eſt pro Donatione. ℞. Actionem præſcriptis verbis ſupponere negotium & reciprocam obligationem, qualis non eſt in donatione: ex qua, ut ſuo loco dictum eſt, datur *Condictio ex lege.*

Replicabis. Ergo etiam pro Contractibus innominatis ſufficeret Condictio ex lege; nam hæc toties datur, quoties non ſunt Iure civili proditæ actiones. ℞. Negando ſequelam. Nam condictio ex lege ſolùm datur ex illis obligationibus, quæ à Iure civili rationem contractûs & vim obligationis acceperunt. Contractus autem innominati ex Iure gentium deſcendunt.

1055. DICENDUM 2. Si ille, qui contractum implevit, velit pœnitere, quando pœnitere poteſt, datur illi condictio dati ob cauſam cauſâ non ſecutâ, quâ repetit, quod dedit, & ſic agit ad reſcindendum contractum. Conſtat ex titulo Digeſtorum de condict. *ca. data. ca. non ſecutâ.* & Codicis, *de Condict. ob cauſam datorum.* & ex dictis Contr. præcedente.

Objici tamen poteſt 1. ex lege 3. §. 3. *ff. de condict. ca. da.* ubi dicitur. *Sed ſi Stichus deceſſit, an re-*

Digitized by Google

an repeti quod datum eſt, poſſit (quod inquam, datum eſt, ut manumitteretur) *Proculus ait, ſi poſt id temporis deceſſerit, quo manumitti potuit, repetitionem eſſe; ſi minùs, ceſſare.* Ergo ſaltèm quando nulla culpa eſt ex parte alterius, quominùs impleat contractum, non poteſt repeti, quod datum eſt. Reſpondeo, in hoc caſu Stichum fuiſſe periculo alterius, nam ità fuerat conventum, ut Stichus ſervaretur, & non venderetur, usque ad tempus, quo manumitti poſſet, adeoque dum illum alter non vendidit, jam contractum ex parte implevit, ſicque res non fuit ampliùs integra.

Objici poſſet 2. ex lege penult. Codicis *de Condict. ob cauſam datorum.* ubi expreſsè deciditur, ut non ſit repetitio dari, quando caſus fortuitus impletionem contractûs impedit. [Pecuniam à te datam, ſi hæc cauſa pro qua data eſt, non culpâ accipientis, ſed fortuito caſu non eſt ſecuta, minimè reperi poſſe certum eſt.]

3. Eodem modo, caſum fortuitum ſupervenisſe, poſtquam jam alter fecit, quod potuit, & debuit; v. g. debuit mittere equum, & miſit quidem, ſed in itinere fulmine interiit. Item, debebat exhibere comediam, & omnia paravit, ſed tempeſtate vel morte actorum, vel alio caſu fuit impedita ultima exhibitio, non repetitur quod datum eſt, niſi plus datum ſit, quàm alter expendit, ut jam ſuprà dictum eſt.

1056. DUBITATUR, an actio *præſcriptis verbis*, quæ datur ex iſtis innominatis contractibus, ſit actio ſtricti Iuris, an bonæ fidei, & per conſequens, an hi ipſi contractus ſint ſtricti Iuris, an bonæ fidei. Propter hoc dubium nolui contractus Innominatos numerare inter contractus ſtricti Iuris, ſed ad hunc locum reſervavi, quia, ut ingenuè fatear, nunquam potui plenè acquieſcere communi admodum perſuaſioni Interpretum, quòd ſint ſtricti Iuris, & non niſi ſola auctoritas me movere poteſt ad ità ſentiendum, quamvis contrarium etiam ſuis auctoribus non careat, inter quos eſt Hotomannus, Giphanius, Heigius, Ciſnerus, & Beſoldus, relati ab Harpprecht.

Communis ſententiæ fundamentum unicum eſt, quod in Inſtitutionibus tit. de actionibus §. 28. enumerentur accuratè actiones bonæ fidei, & inter illas non enumeratur actio *præſcriptis verbis*, quæ datur ex contractibus innominatis, ſed ſolùm duæ, quæ ſcilicet dantur ex permutatione, & de æſtimato. (de quibus in ſeqq. controvet.) ſic enim habet. [Bonæ fidei ſunt hæ, ex empto vendito, locato conducto, negotiorum geſtorum, Mandati, Depoſiti, Pro ſocio, Tutelæ, Commodati, Pignoratitia, Familiæ herciſcundæ, communi dividundo, Præſcriptis verbis, quæ de æſtimato proponitur, & quæ ex permutatione competit, & hæreditatis petitio.] Hinc autem ſic arguunt. Quando Legiſlatoris intentio eſt ſpecies alicuius generis enumerare, tunc incluſio unius eſt alterius excluſio. atqui ſolæ dictæ duæ actiones ſpeciales Præſcriptis verbis includuntur, ergo illa quæ datur ex contractibus innominatis, excluditur.

1057. Ex adverſo quòd actio hæc ſit bonæ fidei, non caret plauſibili fundamento. Quando enim ex adverſariis quæritur, cur actio Præſcriptis verbis ex Permutatione & æſtimato ſint bonæ fidei, reſpondent, & in terminis Harpprecht ait rationem eſſe in promptu; quia ſunt ſimillimi contractui Emptionis, & Locationis. Subſumo. Atqui contractus *Do ut des* eſt non minùs ſimillimus emptioni, adeo ut communior opinio dicat, eum prorſus eſſe idem cum Permutatione, & rideant commentum Gloſſatorum, diſtinguentium ut videbimus: item *Do ut facias* eſt ſimillimus Locationi. quæ ergo, quæſo, ratio non merè arbitraria, ſed ex natura rei petita potuiſſet eſſe, ut illæ duæ eſſent bonæ fidei, & non etiam illa de qua diſputamus? ego ne quidem umbram diverſitatis videre poſſum.

Accedit, quòd in rei veritate omnis contractus innominatus illarum quatuor ſpecierum ſit aliquo modo permutatio vel rei cum re, vel rei cum facto, vel facti cum facto, quidni ergo Imperatori ſufficere potuit, expreſſiſſe illam actionem quæ ex permutatione datur, ut per conſequentiam quivis inferre poſſit idem de actione Præſcriptis verbis? alioquin nobis exprobrari poterit, quod Chriſtus Apoſtolis: adhuc & vos ſine intellectu eſtis? Et hæc poſſet eſſe prima reſponſio ad argumentum communis ſententiæ.

1058. Reſtant tamen inſuper & aliæ reſponſiones non incommodæ: & quidem Hotomannus dicit, quòd duæ ſpecies actionum Præſcriptis verbis referantur non ad reſtringendum, ſed potiùs ad explicandum ac dilatandum genus. hanc tamen reſponſionem non probo, quia faciliùs dixiſſet Imperator; *omnes actiones præſcriptis verbis.*

Aliter & meliùs reſpondet Giphanius (quam & ego pridem animo conceperam) ideo duas illas referri, quia ſunt celeberrimæ, habentes duos ſpeciales titulos in Digeſtis, non item aliæ, ſicut nec actio Præſcriptis verbis ex precario.

Heigius reſpondet, primò generaliter omnes actiones Præſcriptis verbis comprehendi illâ voce: *Præſcriptis verbis*: & deinde ſubjungi duas ſpecies. Verùm hac ratione Imperator ſine fructu, & ad meram confuſionem duas ſpecies adjeciſſet, ſi priùs genus poſuiſſet, hinc enim anſam præbuiſſet præſenti perplexitati, quam omnem ſuſtuliſſet, ſi illas omiſiſſet. Meliùs quis diceret, quòd vocabulum generale poſitum ſit ad ſignificandam ſpeciem actionis ex contractibus penitùs innominatis, qualis non eſt permutatio, & æſtimatio, quæ habent ſua ſpecialia nomina ex uſu hominum: & hoc videtur colligi ex

ter noſtrum, ſed duntaxat conſenſimus, teneri hactenus, ut dolum & culpam mihi præſtes.] quibus ultimis verbis ſatis clarè videtur negari, quòd caſus fortuitus ſit accipienti præſtandus, per verbum, *hactenus*. quo planè reſtringitur obligatio ad culpam levem. ut non videam, quomodo Hunnius potuerit dicere, per hæc verba non excludi caſum fortuitum.

Pro conciliatione legum dicendum videtur, quòd totum pendeat ex intentione contrahentium, & quidem ſi ſe non ſatis declarârunt, tunc ex verbis præſumptio formanda erit: ſi enim alter promiſit, ſe vel rem vel æſtimationem reſtituturum, verba ſignificant, quòd periculum in ſe recipiat, ſi ipſe rogavit: ſi verò non rogavit, potius præſumitur ſolam operam promiſiſſe & communem diligentiam, non caſum fortuitum. Sed in hoc conſuetudo, quæ à ſtationariis obſervatur, conſulenda eſt.

1067. QUÆRITUR 2. Si pluris vendat accipiens, quàm res fuerit æſtimata, & non convenit, ad quem exceſſus ſpectet, cujus lucro ſit? Ad hoc eodem ferè modo ex præſumptione intentionis procedendum eſt. Si enim accipiens etiam periculum in ſe recipit, utique æquum eſt, ut lucrum ipſe habeat. Quin, etiamſi periculum in ſe non recepiſſet, ſi ſe ſolùm obligâſſet ad rem vel æſtimationem reſtituendam, ſatisfaceret obligationi. Aliud dicendum eſſet, ſi intentio dantis & æſtimantis fuiſſet, ut non venderetur infra æſtimationem, de reliquo teneretur ſicut mandatarius; nam ut in loco dictum eſt, mandatarius tenetur etiam exceſſum reſtituere. Univerſim tamen credo, quòd dans velit contentus eſſe æſtimatione.

QUÆRITUR 3. An accipiens poſſit rem ſibi emptam retinere, & æſtimationem reſtituere. Aliqui hoc negârunt. Sed mirum eſt, hoc potuiſſe negari, cùm non interſit dantis, quòd æſtimationem habeat ab alio tertio emptore. Et licèt dando dicatur, ut res vendatur tanto pretio, vel reſtituatur, hoc tamen accipiendum eſt in ſenſu & ex mente dantis, quæ alia non eſt, quàm ut vel res ipſa, vel æſtimatio reſtituatur, quæ disjunctio obſervatur uſque, ſi ipſe accipiens ſibi ſervet, & pretium reddat. Et hæc de his Contractibus innominatis, quorum in Iure mentio fit.

CAPUT XII.

DE CONTRACTIBUS, QUIBUS FORTUNA ADMISCETUR.

CONTROVERSIA I.

De Ludo.

SUMMARIUM.

Ludi definitio. 1068.
Conditiones ad Juſtitiam Ludi requiſitæ quatuor. eod.

NOn eſt animus diſputare quæſtiones innumeras quas movent Theologi circa ludum, ſed quæ omnes ad alias virtutes, ut Religionis, Charitatis, Temperantiæ, &c. ſpectant, & apud eoſdem videri poſſunt, ſed illas ſolùm, quæ ad Iuſtitiam commutativam pertinent.

1068. Definitur Ludus, quòd ſit contractus (utique Innominatus, nam ejus nomen non à Iure ſcriptum, ſed gentium introductum eſt,) quo victori certaminis res ab utroque expoſita tribuitur. Sunt autem duplicis generis, aliqui enim plus de arte & induſtria habent, quàm de fortuna, alii plus de fortuna.

Ut autem Ludus non ſit contra Iuſtitiam, quatuor conditiones obſervandæ, & examinandæ ſunt. Prima: ut ludens habeat liberam diſpoſi-

ſpoſitionem de illa re, quam ludo & fortunæ exponit. Secunda, ut abſque fraude & dolo aut metu inductus uterque ad ludendum accedat. Tertia, ut non interveniat fraus contra leges luſûs. Quarta, ut ſit utriuſque ludentis æqualis conditio.

§ I.

Prima conditio: Libera diſpoſitio de Ludi materia.

SUMMARIUM.

PRima conditio eſt, liberè diſponendi poteſtas. 1069.

Quidſi res aliena expoſita evincatur apud eum qui lucratus eſt, an qui perdidit, teneatur de evictione. 1070.

An qui exponens rem alienam ab altero lucratur, poſſit lucrum retinere. 1071.

Quidſi res uſu conſumptibilis aliena exponatur & perdatur. 1072.

An qui colluſori furatur pecuniam, & cum ea lucratur, poſſit lucrum retinere. 1073.

Solvuntur argumenta contraria. eod.

1069. REgula eſt, quòd ludens debeat habere, vel dominium, vel liberam diſpoſitionem & adminiſtrationem illius rei quam ludo, & fortunæ exponit. Nam abſque hac non poteſt alter colludens lucrari, quia non poteſt acquirere dominium. Quæ regula attendenda eſt illis perſonarum generibus, quarum adminiſtratio eſt reſtricta, ut ſunt Servi, filiifam. Pupilli, Minorennes, Conjuges.

1070. QVÆRITVR 1. An qui ludo exponit rem alienam, non conſumptibilem uſu, ſi apud illum qui lucratus eſt, evincatur, huic teneatur de evictione. In negativam inclinat Salas dub. 8. n. 1. Reſpondendum tamen eſt cum diſtinctione. Vel enim ludus erat unus ex prohibitis à Iure, (de quibus fortè infrà) & tunc non tenetur de evictione, quia nec tenebatur ſolvere perditum, adeoque re evictâ perinde habendus eſt, acſi nunquam luſiſſet. arg. *legis* 2. §. 2. *ff. quarum rerum actio non datur. Si in alea rem vendam, ut ludam, & evicta re conveniar, exceptione ſummovebitur Emptor*, nempe colluſor. Vel ludus erat honeſtus & licitus, & tunc tenebitur de evictione, quia alter, licèt nihil ſolverit, habet tamen rem ex contractu oneroſo, & ideo habet Ius petendi valorem rei. Quodſi ſciat rem eſſe alienam, tenetur eam reſtituere Domino, vel ſi malit, reddere luſori, ut ejus valorem accipiat.

1071. QUÆRITUR 2. An is qui rem alienam exponens ab altero lucratus eſt, poſſit lucrum retinere. ℞. Si luſus eſt Iure prohibitus, & conſequenter nullus eſt contractus, debet totum lucrum reſtituere, quemadmodum alter teneretur, ſi lucratus fuiſſet. Si verò ludus fuiſſet licitus, tunc quia contractus fuit validus, non tenetur reſtituere, niſi alterum expoſuerit periculo nihil lucrandi, ob periculum evictionis, & quòd re evictâ incurriſſet ob alterius impotentiam aut voluntatem ſolvendi pretium rei alienæ expoſitæ. Nam pro æſtimatione periculi deberet reſtituere. Quodſi uterque ſciviſſet rem eſſe alienam, totum lucrum deberet reſtituere, quia contractus fuiſſet nullus, (ut obſervat P. Molina) ſi res fuit uſu non conſumptibilis.

1072. QVÆRITVR 3. Quid dicendum ſit, ſi rem alienam uſu conſumptibilem ludens exponeret, & perderet. ℞. Ex communi doctrina: vel ludens habet in ſuo patrimonio, unde poſſit reſarcire & compenſare rem alienam deperditam per luſum, vel non habet. Si non habet, vel hoc ſcit alter colludens, vel neſcit. Si ſcit, contractus eſt nullus, & tenetur eam reſtituere Domino, quia tenetur ex prima radice reſtitutionis, nempe re acceptâ. Si neſcit, tunc contractus valet eatenus, ut re illâ evictâ teneatur illi alter de evictione. Si verò habeat, unde compenſet, lucrator non tenetur reſtituere, quia fur potuit illam rem ſibi applicare, aliam ſuam ſubſtituendo.

1073. QVÆRITVR 4. Si unus ludentium omnem præſentem ſuam pecuniam perdidit, & ut poſſit ludere ulteriùs, furatur colluſori pecuniam, & lucratur, an poſſit lucrum retinere, reſtituendo pecuniam furto ablatam. Negant Ledeſma & Salas. Sanchez & Lugo affirmant, ſi habuit, unde reſtitueret, etiamſi etiam ablatam perderet, & hoc mihi verius videtur. Ratio eſt, quia non eſt reipsâ differentia ab eo caſu, quo luſiſſet pecuniâ alteri tertio ſublatâ: atqui tunc non teneretur reſtituere, ut fatentur adverſarii. Ergo, &c.

Objicitur 1. Ludus eſt alteri involuntarius, quia non luderet, ſi ſciret pecuniam ſibi furto ſublatam eſſe. Ergo deeſt conſenſus. ℞. 1. Antecedens non eſſe certum, fortè enim luderet detecto furto, & dando pecunias colluſori mutuas. ℞. 2. Eſto quòd non luderet, non ſequitur tamen hinc, quòd actus ſit ſimpliciter involuntarius, adeoque ludus nullus, ſicut ipſi adverſarii fatentur, actum valere, ſi alteri tertio pecunia ablata eſſet, eſto non luderet, ſi ſciret pecuniam eſſe alienam.

Objicitur 2. Intervenit fraus & injuria, ac dolus quo obtinetur luſus: contractus autem fraude obtentus eſt nullus, vel saltèm reſcindendus ad placitum læſi. ℞. Negando quòd in tali caſu fraus det cauſam primariò, ut alter ludat, luderet enim, ſi fur haberet pecuniam propriam: ergo tota injuria conſiſtit in furto, & luſus eſt alteri ſecundùm ſe ſimpliciter voluntarius, & principa-

Digitized by Google

CAPUT XI.

DE RELIQUIS CONTRACTIBUS INNOMINATIS.

EXpeditis hactenus Contractibus Famoſioribꝰ, & accuratiore tractatione dignis, reſtant illi, quos Interpretes & DD. ſub titulo Innominatorum complectuntur; & quamvis plurimi putent, eos adæquatè dividi in quatuor ſpecies; *Do ut des. Do ut facias. Facio ut des. Facio ut facias.* Alii tamen his adnumerant *Permutationem & æſtimatorium.* Cambium etiam, & Tranſactionem communiter innominatos dicunt, quia ad unam ex dictis ſpeciebus revocari poſſunt. ſed inter hos & ſub hoc titulo nemo eſt, qui eos tractaverit, & meritò, quia ob ſpeciales difficultates, quas patiuntur, & ob affinitatem cum contractibus nominatis, ſpecialem quoque locum merebantur.

CONTROVERSIA I.

De Contractibus Innominatis in quatuor genera diviſis, eorumque ab aliis & inter ſe differentia.

SUMMARIUM.

DEfinitio *Contractuum Innominatorum communium.* 1041.

Si unus dedit ex contractu, Do ut des, *alter non dedit abſque culpa, cujus periculo ſit res danda.* 1042.

Intellectus legis fin. ff. de condict. ca. da. eod.

Quid ſi verò res danda ex culpa periiſſet. 1043.

Ex contractu do ut facias, *ſi res data evincatur, quæ actio detur illi qui fecit.* 1044.

Quæ actio detur facienti, ſi alter non det. 1045.

Ad quod genus vocetur contractus, quo paciſcor rem ad uſum tradendam, ut alter det pecuniam. 1046.

Quomodo diſcernendus contractus Do ut facias: *à* Facio ut des. 1047.

Quomodo revocentur contractus de non faciendo. 1048.

Quo pertineant mixti. eod.

In dubio qualis præſumatur, an nominatus vel innominatus. 1049.

1041. QUatuor recenſitis generibus contractuum innominatorum, maximè propriè accommodatur communis definitio contractuum innominatorum, nempe: qui proprio ac ſpeciali contractûs nomine carent, adeoq; nomē quo exprimuntur, etiam aliis nominatis contractibus eſt applicabile. Sic enim *Do ut des* eſt applicabile contractui emptionis venditionis, ubi datur pretium, ut detur merx. *Do ut facias*: Eſt applicabile locationi conductioni, ubi datur merces, ut laboretur in vinea. *Facio ut des*, eſt eidem applicabile, ut conſideranti patet. *Facio ut facias*: eſt applicabile contractui ſocietatis, quo reciproca opera confertur.

Quia verò poteſt fieri talis conventio, quibus hæc vocabula conveniunt, & tamen ad nullum ex nominatis contractibus pertinere poteſt, ideo talis conventio erit contractus innominatus, ſeu communi nomine contentus, & pro quo needum ſpeciale vocabulum inſtitutum ac à Iure approbatum eſt. Sic ſi tibi dem equum, ut mihi des bovem, non erit emptio venditio, quia non intercedit pretium, quod in ſola pecunia verificatur. Item ſi tibi dem equũm, ut labores in vinea, non erit locatio, quia ad hanc requiritur merces, quæ debet in re fungibili conſiſtere, imò, ut aliqui volunt, in pecunia numerata. Pari modo ſi darem pecuniam ut manumittas ſervum, non erit locatio, quia manumiſſio non eſt factum locabile, ut notat P. Molina. Item ſi ædificem tibi domum Ingolſtadii, ut cauſam meam agas Monachii, non erit ſocietas.

Prædicta quatuor Genera explicantur ordine in Digeſtis l. 19. tit. 5. à §. 1. *De præſcriptis verbis.*

1042. QUÆRITUR nunc circa primum genus, *Do ut des.* Si Petrus dedit, quod debebat, v. g. equum, Paulus autem necdum dedit bovem, quem dare debebat, ſed non fuit in mora aut culpa, bos autem pereat, cujus periculo pereat, an Petri, cui debetur, an Pauli qui debet. ℞. Quemadmodum in venditione, periculum rei venditæ ad emptorem ſpectat, etiamſi necdum ſit illi tradita merx, ità periculum in caſu poſito ſpectare ad Petrum. Ità habetur *l. 5. §. 1. in fine. ff. de præſcr. verb. Si ſcyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat, culpam præſtare debes.*

Objici tamen poſſet. Petrus habet actionem adversùs Paulum, qua repetere poteſt equū datum, nempe condictionem causâ datâ, causâ non ſecutâ: ergo non illius periculo periit bos apud Paulum. Antecedens probo *ex* lege fin. *ff. de Condict. cauſ. da.* ibi. *Si mortuus eſt Stichus, repetere poſſum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.* Reſpondet Coraſius in hoc caſu, eum qui Stichum dare debebat, fuiſſe in mora. Quæ reſponſio mihi divinatoria videtur, & contra contextum illius legis, quæ expreſsè vult aſſignare diſcrimen inter emptionem, & contractum innominatum, nec periculum rei reddendæ in eodem rigore ſpectare ad eum cui Stichus dandus eſt, ſicut ad emptorem ſpectat periculum mercis, qui nec pretium repetere poteſt, ſi merx ſine mora & culpa pereat. [Dedi tibi, (inquit Celſus in d. l.) pecuniam, ut mihi Stichum dares, utrum id contractûs genus pro portione emptionis & venditionis eſt? an nulla hîc alia obligatio eſt, quàm ob rem dati re non ſecutâ? in quod proclivior ſum: (*Ecce! Celſus putat ex intentione contrahentium fuiſſe contractum innominatum, unde ſic infert:*) & ideo (*nempe quia non eſt venditio*) ſi mortuus eſt Stichus, &c.]

Magis ergo mihi placet Reſponſio Collegii Baſileenſis *in theſib. de contr. innom. th* 12. Stichum etiam dictâ lege fuiſſe periculo illius qui pecuniam dedit, non obſtante quòd pecuniam repetere potuerit, quia fortè Stichus pluris erat, quàm quod ego dedi, nec tamen æſtimationem ejus petere poſſum, ſed unicè id quod dedi ob cauſam non ſecutam. Et ità etiam reſpondet Donellus & VVeſenbecius.

Quodſi obiter quæras, ex quo fundamento potuerit reſolvere Celſus, in dicto caſu non fuiſſe emptionem, reſpondeo, quia ad venditionem non requiritur actualis traditio, ſed ſufficit, venditorem poſſeſſionem vacuam dare, & de evictione teneri: quod in dicto caſu contrahentes non intendebant, aut certè dubium eſſe poterat: in dubio autem præſumitur contractus innominatus ex plurium ſententia.

1043. QUÆRITUR 2. Si verò res ex mora aut culpa alia periiſſet, quæ actio conveniret Petro adversùs Paulum in caſu primi quæſiti. ℞. Competere actionem ad intereſſe, niſi malim re meâ redditâ contentus eſſe. *l. 5. §. 1. ff. de præſcript. verb.* ibi. [Dubium non eſt, naſci civilem obligationem: in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, ſed ut damneris mihi, quanti intereſt meâ, illud de quo convenit, accipere: vel ſi meum recipere velim, repetatur quod datum eſt, quaſi ob rem data, re non ſecutâ.] Unde infert gloſſa Gothofredi, quòd Petrus poſſit eligere, utrum datum condicere malit, an verò agere ad id quod intereſt.

1044. QUÆRITUR 3. Circa Contractum *Do ut facias.* Si v. g. ſervum tibi dem, ut ſervum tuum manumitteres; ſi manumiſiſti, & is quem dedi poſtea evincatur. quânam tibi actione adversùm me ſuccurratur. Ad hoc quæſitum habetur reſponſio diſertis verbis (ut mirum ſit Donellum, & VVeſenbecium aliter ſentire) in lege *cit.* §. 2. *in fine.* [Sed ſi dedi tibi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres, & manumiſiſti, & is, quem dedi, evictus eſt, ſi ſciens dedi de dolo in me dandam actionem Julianus ſcribit, ſi ignorans, in factum civilem.] Nempe in factum incerti præſcriptis verbis, ut dicitur in lege *Iuris gentium.* §. 2. *ff. de Pactis.* de qua actione plura inferiùs.

1045. QUÆRITUR 4. Circa Contractum *Facio ut des.* Si ego feci quod debebam, tu autem non des, quod debes, quâ actione à me conveniri poſſis. Quam quæſtionem putavit Paulus de Caſtro eſſe de ſummis Iuris apicibus, & ſi I. Cti reviviſcerent, non poſſent Iura ab omni antinomia vindicare. Dixi aliquid de quæſtione hac tract. 8. à n. 50. quibus nunc aliqua addam.

Imprimis certum eſt non dari Condictionem ejus quod factum eſt, nam cùm factum infectum fieri nequit, quomodo condictione repeteretur? Ad quæſitum igitur reſpondet Paulus in lege cit. §. 3. *Quodſi faciam ut des, & poſteaquam feci, ceſſes dare, nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur.* Quibus verbis ſtatim primâ fronte videtur Paulus negare, quòd detur actio *præſcriptis verbis*: nam hæc eſt civilis: hoc autem eſt adverſum aliis Iuribus, quibus actio præſcriptis verbis conceditur, lege 15. *in fine. ff. de Præſcript. verb.* mox referendâ.

Reſpondent ergo aliqui cum Coraſio, & Duareno, actionem præſcriptis verbis tunc ſolùm non dari, quando dolus intervenit, quia tunc datur actio de dolo, & hoc ſolùm negari in adducta lege 5. §. 3. at verò quando nullus dolus intervenit, dari actionem præſcriptis verbis. Et huic interpretationi non obſcurè favet lex 15. ubi ad eundem caſum in fine ſic reſpondetur. [Ergo civilis actio oriri poteſt, id eſt, præſcriptis verbis, niſi ſi quis & in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat, NB. ubi dolus aliquis arguatur.]

Conſtr.

Digitized by Google

Confirmari poſſet hæc Reſponſio, quia, ut habet regula generalis, nunquam datur actio de dolo, quando adeſt actio civilis. Ergo dum ICtus dicit, in caſu poſito dari actionem de dolo, negat dari actionem civilem præſcriptis verbis: ergo quando datur actio præſcriptis verbis, ſupponitur, dolum non interveniſſe.

Collegium Baſilicenſe aliter reſpondet, & docet, in caſu quæſiti, etiam quando dolus intervenit, dari actionem præſcriptis verbis, quâ agitur, ut alter impleat contractum, neque hanc negari à Paulo ICto, ſed negari ſolùm actionem civilem ad repetendum factum, qualis nulla eſt: & hujus loco ſubſtitui actionem de dolo. Verùm, huic reſponſioni obſtare videtur, quia ſic non ſalvatur regula, quæ habetur *l.* 1. §. 1. *ff. de dolo. Quæ dolo malo facta eſſe dicuntur, ſi de his rebus alia actio non erit, judicium dabo.* Admittit enim hæc reſponſio actionem civilem unà cum actione de dolo. Ad hoc tamen reſpondetur, actionem de dolo non admitti ad petendam impletionem contractûs, ad quam tendit actio præſcriptis verbis, ſed ad reſcindendum contractum, ad quam reſciſſionem, quia non poteſt dari actio civilis ad repetendum factum, quia factum infectum fieri nequit, ideo ſubſtituitur actio de dolo. Aliter reſpondet Ant. Perez n. 7. dari actionem præſcriptis verbis, ſed prætoriam ſolùm, non civilem, & tunc ſolùm, quando dolus abeſt, cujus rationem dat, quia iſte contractus nulli contractui nominato ſimilis eſt, & ideo ex eo non datur actio civilis. Idem cenſet Henricus Zœſius, & hac ratione videntur Iura meliùs conciliari. Sed prior reſponſio rationi conformior eſt.

1046. QUÆRITUR 5. Ad quem ex contractibus innominatis ſpectet, quando unus paciſcitur non merum factum, ſed alicujus rei traditionem, non quidem translativam dominii, ſed uſûs conceſſionem, ut alter det pecuniam. v. g. do tibi meum equum utendum, ut mihi tantum des mercedis loco, quantum poſteà inter nos convenerit. ℞. Non eſſe contractum *Do, ut des.* quia in contractu debet per dationem intelligi translatio dominii. Neque eſſe locationem, quia non convenitur à principio de certo pretio: ſed eſſe contractum innominatum *Facio ut des.* nam & traditio eſt aliquod factum. Et colligitur ex §. 1. *Inſt. de locat.* ibi. [Si fulloni polienda curandave veſtimenta quis dederit, nullâ ſtatim mercede conſtitutâ, ſed poſtea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur, ſed eo nomine actio præſcriptis verbis datur.] idem habetur lege 22. ff. h. t.

1047. QUÆRITUR 6. Quomodo poſſit judicari, an potiùs ſit contractus *facio ut des*: quàm, *do ut facias*: quandoquidem eadem videtur eſſe utrinſque reciprocum negotium. ℞. hoc eſſe judicandum ex initio executionis. ſi enim incipiat à facto, erit contractus *facio ut des.* & tunc altero non dante dabitur actio de dolo, ut dictum. econtra ſi incipiat à datione, erit do ut facias, & conveniet actio præſcriptis verbis, Condictio, &c. de quibus paulò pòſt.

1048. QUÆRITUR 7. Quomodo ad hæc contractuum genera revocentur illi contractus, in quibus quis ſe obligat ad non agendum: v. g. deſiſto ab accuſatione ut mihi des equum, vel econtra: do equum ut deſiſtas. ℞. Revocari ad affirmativos, *facio ut des*, & econtra.

QUÆRITVR 8. Quò pertineant mixti. v. g. do equum & laboro per decem dies in vinea, ut des bovem, & ædifices mihi domum. ℞. Reſolvi in ſimplices, qui continentur.

1049. QUÆRITVR 9. Quando dubium eſt, an Contractus ſit nominatus vel innominatus, qualis eſſe præſumatur. ℞. Præſumi innominatum, *l.* 1. §. 1. *ff. de præſcript. verb.* [Domino mercium in magiſtrum navis, ſi ſit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum eſſe dandam Labeo ſcribit.] & *l.* 1. *ff. de æſtimator. act.* ibi. [Quoties enim de nomine contractûs alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam æſtimatoriam præſcriptis verbis actionem.] Et ratio ſic præſumendi videtur eſſe. Quia ſicut non præſumitur obligatio ſimpliciter, quando non probatur, ità non præſumitur gravior præ minùs gravi, quando non probatur niſi obligatio in genere. Atqui obligatio ex contractu innominato eſt minùs gravis & firma, quàm quæ ex contractu nominato convenit, ut conſtabit ex dicendis. Ergo, &c.

CONTROVERSIA II.

Quomodo in Contractibus innominatis liceat Pœnitere.

SUMMARIUM.

QVo ſenſu re adhuc integrâ liceat utrique pœnitere. 1050.
Intellectus legis 5. ff. de Condict. ca. data. eod.
Quando naſcatur obligatio naturalis. 1051.
Quomodo poſſit celebrari contractus, ut neuter obligetur ad incipiendum. 1052.
Quomodo præſumantur celebràſſe, ſi non expreſſerunt. 1053.

CErtum eſt, quòd quando unus implevit, & alter eſt in mora, nec vellet contractum implere quando debet, ille qui implevit poſſit bonâ conſcientiâ pœnitere, ac à contractu reſilire, & quod ex parte ſua dedit, repetere. Ratio eſt, quia fidem non ſervanti fides non debet ſervari, ob

Digitized by Google

ob tacitam conditionem quæ ſubeſt. Difficultas ergo eſt, quando alter non eſt in mora, item quando res adhuc eſt integra, an liceat pœnitere. Et quidem procedit Quæſtio tam de foro externo (in quo eſt minor difficultas, & res ſatis deciſa in Iure Civili,) quàm de foro interno, in quo eſt ſpecialis difficultas, an liceat pœnitere re adhuc integrâ, vel antequam alter implevit: naſcitur autem difficultas ex eo, quòd videatur tali pœnitentiæ obſtare obligatio naturalis.

Ob hanc rationem P. Molina poſt quosdam quos ipſe citat diſp. 258. n. 7. ponit hanc concluſionem. Quamdiu alter, qui nondum implevit, non eſt in mora, paratúsq; eſt ex ſua parte implere, nec de jure Canonico nec in ſoro conſcientiæ faseſt ei qui implevit pœnitere & repetere quod dedit: ſi verò repetat, ipſique in ſæculari foro adjudicetur, tenetur id reſtituere atque ſtare contractui. Ita Molina: cui ex parte adſtipulatur P. Dicaſtillo n. 45. ſed n. 48. breviter indicat limitationem, quæ non videtur eſſe ad mentem Molinæ, mihi tamen veriſſima videtur. Vt ergo Controverſia diſtinctiùs examinetur

1050. DICO 1. De Iure Civili licitum eſt unicuique contrahentium pœnitere re adhuc integrâ, hoc ſenſu, quòd contra nolentem implere contractum, non detur alteri actio in foro externo. Item illi qui ex ſua parte implevit, licet pœnitere, & datum repetere, antequam alter impleverit, etiamſi non fuerit in mora, dummodo indemnis ſervetur, & ad repetendum datur actio civilis, nempe *condictio causâ datâ causâ non ſecutâ.* contra quam non admitteretur in Iure exceptio. In hac concluſione conveniunt DD. & quidem prioris membri ratio fundatur in eo, quòd ex pacto nudo non detur Iure civili actio, etiamſi obligatio naturalis nata eſſet. Secunda pars habetur in toto titolo Digeſtorum: *de Condictione cauſa data, &c.* Habetur, inquam, valdè disertè in lege 5. [Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiſcendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficiſcereris, an condici poſſit, videndum. & cùm per te non ſteterit, poteſt dici repetitionem ceſſare. Sed NB. cùm liceat pœnitere ei qui dedit, proculdubio repetetur id quod datum eſt, niſi fortè tuâ interſit, non accepiſſe te ob hanc cauſam pecuniam, nam ſi ità res ſe habeat, ut licèt nondum profectus ſis, ità tamen rem compoſueris, ut neceſſe habeas proficiſci, vel ſumptus, qui neceſſarii fuerunt ad profectionem, jam feciſti: ut manifeſtum ſit te plus fortè, quàm accepiſti, erogâſſe, condictio ceſſabit: ſed ſi minus erogatum ſit, condictio locum habebit, ità tamen ut indemnitas tibi præſtetur ejus quod expendiſti.]

Dices, hanc legem poſſe intelligi, quòd ideo detur repetitio, quia jam eſt elapſum tempus, quo eundum erat, & quia jam non ampliùs poteſt iri ad eum finem quem intendit ille qui pecuniam dedit.

Sed contra. Quia lex non ſe fundat in defectu conditionis, vel quaſi contractus factus eſſet in certum diem, ſed in Iure pœnitendi, adeoque etiam tunc, quando adhuc poſſet ex altera parte impleri.

1051. DICO 2. Si contractus innominatus fuerit ità factus, ut ſaltèm unus illorum ſe obligaverit, v. g. ad dandum, etiamſi tunc alter necdum det, adeoque ad contractum ex parte ſua implendum, & ſic ad incipiendam executionem, in tali caſu naſcitur obligatio naturalis ad ponendum quod promiſſum eſt, & ſi accederet ſtipulatio, daretur actio civilis ex ſtipulatu. Conſtat concluſio ex alibi diſputatis, & eſt extra controverſiam. Nulla enim lex reſiſtit hujuſmodi pacto, quo minùs inducat obligationem naturalem.

1052. DICO 3. Poteſt tamen Contractus ità celebrari, ut neuter contrahentium abſolutè & ſimpliciter teneatur incipere executionem contractûs, quia poſſunt ſe ſolùm velle obligare conditionatè, hoc modo. Si tu mihi dederis equum, & eum acceptavero, ero tibi obligatus dare bovem. & econtra alter eodem modo ſe obligat ad dandum equum, ſi ſibi fuerit datus bos, & acceptatus. Quo caſu unicuique eſt integrum incipere contractum, &, caſu quo alter acceptet datum, inducere in alterum obligationem abſolutam. Cum hoc tamen ſtat, quòd neuter teneatur dare abſolutè, incipiendo executionem, adeoque neuter habet ullam obligationem naturalem incipiendi, ſed utrique re integrâ eſt licitum pœnitere, etiam in foro conſcientiæ. Item, is qui liberè incipit, & alter acceptat, habet quidem alterum ſibi obligatum, ſed necdum eſt alteri ullo modo obligatus, adeoque poteſt etiam in foro conſcientiæ pœnitere, & repetere, quod dedit. Ratio eſt, quia dando voluit quidem alterum obligare conſentientem per acceptationem, ſed non hoc ipſo voluit obligari ad non repetendum, antequam alter impleat contractum: quia voluit ſolùm obligari, ad non repetendum, ſi alter etiam dederit, & ipſe acceptaverit. Res eſt clara conſideranti, nec poteſt in hoc contrahendi modo ulla repugnantia vel iniquitas oſtendi. Hæc mihi videtur eſſe mens P. Dicaſtillo n. 48. circa medium, dicentis. Tertiò, aliquando ità contrahunt nonnulli, ut ex verbis & modo contrahendi ſatis conſtet, illos noluiſſe ſe obligare ante impletionem contractûs: in quo caſu ſecundùm ſeveritatem Iuris naturalis licitum eſt cuilibet illorum recedere.

1053. DICO 4. Niſi expreſsè ſe voluerint contrahentes obligare eo modo, quo dictum eſt in ſecunda concluſione, præſumendum eſt, quòd celebraverint contractum juxta tertiam concluſionem: & hac ratione optimè defenditur Ius civile, ut nihil præjudicet Iuri naturali, aut Canonico, quando admittit pœnitentiam, &

negat actionem, imò dat actionem ad repetendum datum, quod tamen planè iniquum eſſet, ſi (ut vult Molina) in eo qui implevit contractum, daretur obligatio naturalis non repetendi datum. Hac enim ratione ſo verentur peccata manifeſtè, quia nemo reſtitueret id quod per Iura repetitum obtinuit. Cùm ergo in hoc nemo ſcrupulum habeat, dicendum eſt, quòd non adſit obligatio naturalis: & quòd contrahentes non voluerint ſe obligare niſi eo modo quo Iura præſumunt; & quo modo fieri poſſe dictum eſt. Eadem mens mihi videtur eſſe Lugonis, Laymanni & aliorum, qui ſimpliciter pronuntiant, licere in caſibus poſitis reſilire, & datum repetere.

Confirmatur concluſio efficaciter ex eo, quòd actio civilis, ſc: Condictio quâ datum repetitur, ſit actio efficax, ut fatetur Molina & Gomez, aliique omnes: atqui non eſſet efficax, ſi repetens haberet obligationem naturalem non repetendi, ut vult Molina. Probatur Minor. Eſt enim regula certa, quòd obligatio naturalis pariat exceptionem. Ergo reus conventus exciperet dicendo, quòd alter habeat obligationem naturalem. Reſpondet quidem Gomez, & ex eo Molina, quòd Regula procedat ſolùm quando eſt obligatio naturalis ſimplex, non item quando eſt cum correſpondentia ſimilis obligationis naturalis; ut eſt in caſu noſtro. Hæc tamen reſponſio non meretur impugnationem, tum quia eſt merè arbitraria, tum quia non defendit legem ab iniquitate, ſed potiùs accuſat, tum denique quia correſpondens obligatio non minuit vim unius. Confirmatur denique concluſio ex dictis de mandatario habente Ius pœnitendi re integrâ. videantur ibi dicta.

Objicit P. Molina. Quando pacto accederet ſtipulatio, tunc nec de Iure Civili liceret pœnitere. Ergo ſine ſtipulatione non licet Iure Canon. quia Ius Canonicum non curat ſtipulationem. ℞. Diſtinguendo conſeq. ſi contraxerint eo modo, de quo loquitur ſecunda concluſio, concedo, ſecùs nego. Stipulatio accedens indicaret animum ſe abſolutè obligandi, ut colligitur ex lege 3. *C. de rerum permutatione. Ex placito permutationis, nullâ re ſecutâ, conſtat nemini actionem competere, niſi ſtipulatio ſubjecta ex verborum obligatione quæſierit partibus actionem.*

CONTROVERSIA III.

De Actionibus, quæ ex Contractibus innominatis dantur, & an ſint Stricti Iuris.

SUMMARIUM.

Datur ex his Contractibus actio Præſcriptis verbis. 1054.
Hæc actio ſupponit reciprocam obligationem. eod.
Ex quibus obligationibus detur Condictio ex lege. eod.
Quando detur Condictio ob cauſam cauſ. non ſecutâ. 1055.
Intellectus legis 3. §. 3. ff. de Condict. ca. dat.
Intellectus legis penult. C. de Condict. ob cauſam datorum. eod.
An actio Præſcriptis verbis *ſit ſtricti Iuris.* 1056. *& ſeq.*
Intellectus §. 28. Inſt. de act. 1058.

1054. DICENDUM 1. Dari actionem præſcriptis verbis, de qua exſtat titulus tam in Digeſtis, quàm Codice *de Permutatione & præſcr. verb.* quâ is qui contractum ex ſua parte implevit, recuſantem impletionem ex altera parte convenit ad hoc, ut impleat contractum. *l. 3. ff. h. t.* [In quam (*præſcriptis verbis actionem*) neceſſe eſt confugere, quoties contractus exiſtunt, quorum actiones nullæ Iure civili proditæ ſunt.]

Dices: ex hoc videtur inferri poſſe, quòd etiam ex donationis contractu daretur actio præſcriptis verbis, quod tamen falſum eſt. Sequela probatur. Quia nulla actio ſpecialis in Iure conſtituta eſt pro Donatione. ℞. Actionem præſcriptis verbis ſupponere negotium & reciprocam obligationem, qualis non eſt in donatione: ex qua, ut ſuo loco dictum eſt, datur *Condictio ex lege.*

Replicabis. Ergo etiam pro Contractibus innominatis ſufficeret Condictio ex lege; nam hæc toties datur, quoties non ſunt Iure civili proditæ actiones. ℞. Negando ſequelam. Nam condictio ex lege ſolùm datur ex illis obligationibus, quæ à Iure civili rationem contractûs & vim obligationis acceperunt. Contractus autem innominati ex Iure gentium deſcendunt.

1055. DICENDUM 2. Si ille, qui contractum implevit, velit pœnitere, quando pœnitere poteſt, datur illi condictio dati ob cauſam cauſâ non ſecutâ, quâ repetit, quod dedit, & ſic agit ad reſcindendum contractum. Conſtat ex titulo Digeſtorum de condict. *ca. dat. ca. non ſecutâ.* & Codicis, *de Condict. ob cauſam datorum.* & ex dictis Contr. præcedente.

Objici tamen poteſt 1. ex lege 3. §. 3. *ff. de condict. ca. da.* ubi dicitur. *Sed ſi Stichus deceſſit, an re-*

an repeti quod datum eſt, poſſit (quod inquam, datum eſt, ut manumitteretur) *Proculus ait, ſi poſt id temporis deteſſeris, quo manumitti potuit, repetitionem eſſe; ſi minùs, ceſſare.* Ergo ſaltèm quando nulla culpa eſt ex parte alterius, quominùs impleat contractum, non poteſt repeti, quod datum eſt. Reſpondeo, in hoc caſu Stichum fuiſſe periculo alterius, nam ità fuerat conventum, ut Stichus ſervaretur, & non venderetur, uſque ad tempus, quo manumitti poſſet, adeoque dum illum alter non vendidit, jam contractum ex parte implevit, ſicque res non fuit ampliùs integra.

Objici poſſet 2. ex lege penult. Codicis *de Condict. ob cauſam datorum.* ubi expreſsè deciditur, ut non ſit repetitio dati, quando caſus fortuitus impletionem contractûs impedit. [Pecuniam à te datam, ſi hæc cauſa pro qua data eſt, non culpâ accipientis, ſed fortuito caſu non eſt ſecuta, minimè repeti poſſe certum eſt.]

1055. Eodem modo, caſum fortuitum ſupervenisse, poſtquam jam alter fecit, quod potuit, & debuit; v. g. debuit mittere equum, & miſit quidem, ſed in itinere fulmine interiit. Item, debebat exhibere comediam, & omnia paravit, ſed tempeſtate vel morte actorum, vel alio caſu fuit impedita ultima exhibitio, non repetitur quod datum eſt, niſi plus datum ſit, quàm alter expendit, ut jam ſuprà dictum eſt.

1056. DUBITATUR, an actio *præſcriptis verbis*, quæ datur ex iſtis innominatis contractibus, ſit actio ſtricti Iuris, an bonæ fidei, & per conſequens, an hi ipſi contractus ſint ſtricti Iuris, an bonæ fidei. Propter hoc dubium nolui contractus Innominatos numerare inter contractus ſtricti Iuris, ſed ad hunc locum reſervavi, quia, ut Ingenuè fatear, nunquam potui plenè acquieſcere communi admodum perſuaſioni Interpretum, quòd ſint ſtricti Iuris, & non niſi ſola auctoritas me movere poteſt ad ità ſentiendum, quamvis contrarium etiam ſuis auctoribus non careat, inter quos eſt Hotomannus, Giphanius, Heigius, Ciſnerus, & Beſoldus, relati ab Harpprecht.

Communis ſententiæ fundamentum unicum eſt, quod in Inſtitutionibus tit. de actionibus §. 28. enumerentur accuratè actiones bonæ fidei, & inter illas non enumeratur actio *præſcriptis verbis*, quæ datur ex contractibus innominatis, ſed ſolùm duæ, quæ ſcilicet dantur ex permutatione, & de æſtimato. (de quibus in ſeqq. controver.) ſic enim habet. [Bonæ fidei ſunt hæ, ex empto vendito, locato conducto, negotiorum geſtorum, Mandati, Depoſiti, Pro ſocio, Tutelæ, Commodati, Pignoratitia, Familiæ herciſcundæ, communi dividundo, Præſcriptis verbis, quæ de æſtimato proponitur, & quæ ex permutatione competit, & hæreditatis petitio.] Hinc autem ſic arguunt. Quando Legiſlatoris intentio eſt ſpecies alicuius generis enumerare, tunc incluſio unius eſt alterius excluſio. atqui ſolæ dictæ duæ actiones ſpeciales Præſcriptis verbis includuntur, ergo illa quæ datur ex contractibus innominatis, excluditur.

1057. Ex adverſo quòd actio hæc ſit bonæ fidei, non caret plauſibili fundamento. Quando enim ex adverſariis quæritur, cur actio Præſcriptis verbis ex Permutatione & æſtimato ſint bonæ fidei, reſpondent, & in terminis Harpprecht ait rationem eſſe in promptu; quia ſunt ſimillimi contractui Emptionis, & Locationis. Subſumo. Atqui contractus *Do ut des* eſt non minùs ſimillimus emptioni, adeo ut communior opinio dicat, eum prorſus eſſe idem cum Permutatione, & rideant commentum Gloſſatorum, diſtinguentium ut videbimus: item *Do ut facias* eſt ſimillimus Locationi. quæ ergo, quæſo, ratio non merè arbitraria, ſed ex natura rei petita potuiſſet eſſe, ut illæ duæ eſſent bonæ fidei, & non etiam illa de qua diſputamus? ego ne quidem umbram diverſitatis videre poſſum.

Accedit, quòd in rei veritate omnis contractus innominatus illarum quatuor ſpecierum ſit aliquo modo permutatio vel rei cum re, vel rei cum facto, vel facti cum facto, quidni ergo Imperatori ſufficere potuit, expreſſiſſe illam actionem quæ ex permutatione datur, ut per conſequentiam quivis inferre poſſit idem de actione Præſcriptis verbis? alioquin nobis exprobrari poterit, quod Chriſtus Apoſtolis: adhuc & vos ſine intellectu eſtis? Et hæc poſſet eſſe prima reſponſio ad argumentum communis ſententiæ.

1058. Reſtant tamen inſuper & aliæ reſponſiones non incommodæ: & quidem Hotomannus dicit, quòd duæ ſpecies actionum Præſcriptis verbis referantur non ad reſtringendum, ſed potiùs ad explicandum ac dilatandum genus. hanc tamen reſponſionem non probo, quia faciliùs dixiſſet Imperator; *omnes actiones præſcriptis verbis.*

Aliter & meliùs reſpondet Giphanius (quam & ego pridem animo conceperam) ideo duas illas referri, quia ſunt celeberrimæ, habentes duos ſpeciales titulos in Digeſtis, non item aliæ, ſicut nec actio Præſcriptis verbis ex precario.

Heigius reſpondet, primò generaliter omnes actiones Præſcriptis verbis comprehendi illâ voce: *Præſcriptis verbis*: & deinde ſubjungi duas ſpecies. Verùm hac ratione Imperator ſine fructu, & ad meram confuſionem duas ſpecies adjeciſſet, ſi priùs genus poſuiſſet, hinc enim anſam præbuiſſet præſenti perplexitati, quam omnem ſuſtuliſſet, ſi illas omiſiſſet. Meliùs quis diceret, quòd vocabulum generale poſitum ſit ad ſignificandam ſpeciem actionis ex contractibus penitùs innominatis, qualis non eſt permutatio, & æſtimatio, quæ habent ſua ſpecialia nomina ex uſu hominum: & hoc videtur colligi

ex interpunctione quæ ponitur poſt vocabulum *præſcriptis verbis*.

Verùm, non vacat huic rei diutiùs immorari, nam auctoritas prævaluit, ut pro actione ſtricti juris haberetur, exceptâ illâ quæ datur ex Contractu *Do ut des*: ſi iſte non diſtinguitur à Contractu permutationis.

CONTROVERSIA IV.

De Contractu innominato PERMUTATIONIS.

SUMMARIUM.

Definitio Permutationis. 1059.
An ſit diſtinctus contractus à Do ut des. 1060.
An poſſit celebrari per traditionem rei alienæ. 1061.
Quæ actiones dentur illi qui implevit. 1062.
An ſit permutatio, ſi unà cum re detur pecunia. 1063.
An Ius pœnitendi transmittatur ad heredes 1064.

1059. DE hoc exſtat tam in Digeſtis quàm Codice titulus ſpecialis *de rerum permutatione*. Eſt contractus iuris gentium, bonæ fidei, & re perficitur, dum unus aliquid dat, ut aliud accipiat. De quo

QUÆRITUR 1. Quare adnumeretur contractibus innominatis, cùm reverà nomen habeat, & quidem ſpeciale. Ad hoc reſpondetur, habere quidem nomen ſed admodum generale, ſicut eſt nomen: *Commercium, negotium*, applicabile aliis contractibus, habentibus adhuc ulterius ſpeciale nomen à Iure impoſitum. Certè nomen commutationis adeo eſt univerſale, ut iuſtitia obſervanda in Contractibus antonomaſticè vocetur: *Iuſtitia Commutativa*. Quando tamen ſpecialiter huic contractui applicatur, non ſignificat quamcunque permutationem, ſed ſpecialem quâ res cum re commutatur, & ideo inſcribitur: *de rerum permutatione* Quamvis non dubitem, quin rerum incorporalium ſeu Iurium permutatio, v. g. Beneficiorum, etiam huc ſpectet.

1060 QUÆRITUR. 2. An permutatio ſit diſtinctus contractus à contractu: *Do ut des*. Affirmat gloſſa, & cum ea plures inſignes DD. VVeſenbecius, Vulteius, Treutlerus & alii. Ponunt autem hanc differentiam. Quando datur una ſpecies infima pro alia, v. g. equus pro bove, ager pro domo, veſtis pro libro, &c. volunt eſſe contractum *permutationis*: quando verò datur Genus pro genere, vel pro ſpecie, v. g. frumentum pro oleo, vel pro domo, volunt eſſe contractum: do ut des.

Contraria tamen ſententia, non diſtinguens hos contractus, & communior inter Recentiores, & Iuri conformior eſt. Probatur. 1. ex lege 5. §. 1. *ff. de præſcr. verb.* ubi hoc clariſſimè ſupponitur, dum dicitur, quòd quando datur res pro re, non ſit venditio, ſed *Permutatio*. & quòd hæc permutatio ſit contractus *Do ut des* ſtatim ſubjungitur his verbis. Explicitus eſt articulus *Do ut des*.

Probatur. 2. Quia in lege 7. *C. de rerum permut.* inter permutationes exempli loco ponitur datio frumenti pro oleo.

Hinc fatentur DD. in ſpecie Hunnius in Treutl. vol. 1. diſp. 30. quòd contractus *Do ut des* ſit bonæ fidei, & ſic corruit præcipuum fundamentum adverſariorum: nam cætera, quæ benè diſſolvit Hunnius, nullius momenti ſunt, quia ſupponunt falſa principia, vel committunt petitionem principii manifeſtam, ac proinde nec referri merentur.

1061. QUÆRITUR 3. An poſſit contractus permutationis celebrari per traditionem rei alienæ, ſicut poteſt venditio venditione rei alienæ, cum obligatione præſtandi evictionem. ℞. Negativè *l. 1. §. 3. ff. de rer. permut.* ubi ICtus ex eo quòd iſte contractus non ſolo conſenſu, ſed re perficiatur, infert: [ideoque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.] Ratio deſumitur ex ipſo nomine, quod eſt impoſitum ad ſignificandam tranſlationem dominii.

Itaque contractus iſte nec incipere poteſt traditione rei alienæ, nec abſolvi. Nam ſi is qui incipit, tradit rem alienam, nulla à parte naſcitur in altero obligatio, ſed ſolùm apparens, & ex errore, quòd putet, rei dominium in ſe tranſlatum eſſe. Quodſi contractus fuit inceptus traditione rei ſuæ, adeoque verè tranſlatum dominium, tunc in accipiente naſcitur obligatio etiam tradendi rem ſuam, & dominium transferendi. quodſi tradat rem alienam, non ſatisfacit obligationi, nec abſolvitur contractus, ſed alteri competit actio in factum, ut re alienâ evictâ ſatisfaciat tradendo rem propriam, niſi malit pœnitere, & rem à ſe traditam repetere, condictione jam ſuprà explicata.

Itaque qui incepit contractum dando rem alienam, & necdum uſucaptam, eâ evictâ non habet actionem Præſcriptis verbis, quâ petat ab altero contractum impleri, cùm ille non impleverit ex ſua parte, ut jam dictum eſt, habet tamen condictionem, ad repetendum alienum quod dedit, ut habetur §. 4. *l. un. ff. h. t.* [Igitur ex altera parte traditione factâ (*rei ſc. alienæ*) ſi alter nolit rem tradere, non in hoc agemus, ut intereſt noſtrâ illam rem accepiſſe, de qua convenit, ſed ut res nobis contra reddatur, condictioni locus eſt, quaſi re non ſecutâ.]

1062. QUÆ-

1062. QUÆRITUR 4. Quæ actiones dentur ex hoc contractu illi qui ex ſua parte implevit. ℞. Dari actionem Præſcriptis verbis, quâ petit contractum impleri, quodſi verò malit pœnitere, tunc datur condictio ex capite pœnitentiæ. *l. 4. C. h. t.* ibi [*Si verò nulla ſtipulatio interceſſit, præſcriptis verbis actio eſt, ut vel fides placiti tibi ſervetur, vel quod alterius fundi accipiendi gratiâ dediſti, cauſâ non ſecutâ reſtituatur.*] Obiter autem hìc adverto, Antonium Perez n. 2. dicere, quòd is qui contractum implevit, non poſſit alterum cogere ad implendum, quia alter poteſt pœnitere. hoc ſanè falſum eſt, ut patet ex ſuprà dictis, & citat duas leges quæ de hoc nihil habent: nec hoc, quod iciam, ullus alius dixit, nam ſolus ille qui ex parte ſua implevit poteſt pœnitere, quando jam implevit, & uterque, quando res eſt integra.

1063. QUÆRITUR 5. Quando unus contrahentium vel ambo dant præter rem etiam pecuniam, quæritur, an ſit contractus permutationis, vel emptionis. Ad hoc quæſitum jam ſatis alibi reſponſum eſt ſuprà. Breviter ergo ℞. 1. Si pecuniæ ſumma eſt reſpectu rei adjunctæ notabilis, & partes expreſſerunt ſe velle contractum emptionis celebrare, vel permutationis, talis erit & judicabitur, qualem expreſſerunt. ℞. 2. Si verò non expreſſerunt, hoc ipſo quia contractus eſt dubius, ex ſuprà dictis & probatis liquet, præſumi innominatum.

2064. QUÆRITUR 6. An in hoc & præcedentibus innominatis contractibus, Ius pœnitendi tranſmittatur ad hæredes. Negat VVidman, ex eo fundamento, quia pœnitentia eſt retractatio prioris voluntatis. hæres autem cùm habeat aliam voluntatem à defuncto, non poteſt illius voluntatem retractare. Mihi tamen indubitatum eſt, hoc jus tranſmitti ad hæredes, ſicut alia jura: Conſtat ex eò, quòd re adhuc integrâ poſſit alter contrahens pœnitere, cui utique hoc jus non eſt ablatum per mortem alterius: atqui hæres alterius non debet eſſe pejoris conditionis, ergo & ille debet poſſe pœnitere. Ergo pœnitentia non eſt talis retractatio, qualis negatur hæredi, v. g. retractatio legati, donationis mortis cauſâ. Argumentum allatum ab adverſario nimium probat, nempe quòd ne quidem mutuo conſenſu poſſet contractum reſcindere. Accedit, quòd defunctus fortè nunquam habuerit voluntatem non pœnitendi; quo caſu non fiet ulla retractatio. Denique hæc pœnitentia eſt aliquo modo ceſſio juris quod hæredi competit, quatenus poteſt agere ad complendum contractum: nihil autem obſtat, quominus huic juri cedere poſſit, & uti altero jure agendi ad reſcindendum contractum.

CONTROVERSIA V.

De Contractu Æſtimatorio, & Actione de æſtimato.

SUMMARIUM.

DEfinitio æſtimatorii, & ratio introducendi. 1065.
Ad quem ſpectet periculum rei traditæ. 1066.
Intellectus legis 17. §. 1. ff. de Præſcript. verb.
Si res pluris vendatur, quàm fuerit æſtimatum, cujus eſt exceſſus. 1067.

1065. DE hoc eſt titulus Digeſtorum lib. 19. tertius de æſtimatoria actione inſcriptus. Eſt autem contractus bonæ fidei innominatus, ex quo naſcitur actio præſcriptis verbis, illi competens, qui rem aliquam alteri vendendam committit æſtimatam, hac lege, ut vel rem ipſam incorruptam, vel ejus æſtimationem reſtituat.

Ratio introducendi hanc actionem fuit, dubitatio & incertitudo, quænam alia actio competeret. Dubitari enim poterat, an daretur actio ex vendito, an ex locato, an ex mandato. Cùm ergo regula generalis ſit, ut detur actio præſcriptis verbis, quando certum eſt dari actionem, ſed incertum quænam illa ſit, ideo actio æſtimatoria præſcriptis verbis introducta eſt.

Rationes autem dubitandi, aliaſque actiones denegandi, non deerant. Nam quòd non non daretur actio ex vendito, ratio eſt, quia qui rem vendendam accipit, non eſt, ſicut emptor, obligatus determinatè reſtituere pretium, ſed integrum illi eſt rem ipſam reſtituere, & ſic ſe liberare. Quòd non daretur actio ex locato, ratio eſt, quia non conducitur alter mercede ad vendendum determinatè, cùm poſſit rem ipſam reſtituendo ſatisfacere obligationi. Quòd denique non daretur actio mandati, ratio eſt eadem, quia rem reſtituendo liberatur, non liberaretur autem, ſi mandato teneretur vendere.

1066. QUÆRITUR 1. Ad quem ſpectet periculum & caſus fortuitus rei traditæ. Ad hoc habetur quidem clara reſponſio in lege 2. *ff. h. t.* [æſtimatio autem periculum facit ejus qui ſuſcepit: aut igitur ipſam rem debebit incorruptam reddere, aut æſtimationem de qua convenit.]

Sed huic reſponſioni videtur adverſa lex 17. §. 1. ff. de præſcriptis verbis, in qua diſtinctio adhibetur. [Si Margarita tibi æſtimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum, deinde hæc perierint ante venditionem, cujus periculum ſit. Et ait Labeo, quod & Pomponius ſcripſit, ſi quidem ego te venditor rogavi, meum eſſe periculum; ſi tu me, tuum: ſi neu-

Digitized by Google

ter noſtrum, ſed duntaxat conſenſimus, teneri hactenus, ut dolum & culpam mihi præſtes.] quibus ultimis verbis ſatis clarè videtur negari, quòd caſus fortuitus ſit accipienti præſtandus, per verbum, *hactenus*. quo planè reſtringitur obligatio ad culpam levem. ut ooo videam, quomodo Hunnius potuerit dicere, per hæc verba non excludi caſum fortuitum.

Pro conciliatione legum diceodum videtur, quòd totum pendeat ea intentione contrahentium, & quidem ſi ſe oon ſatis declarârunt, tunc ex verbis præſumptio formanda erit: ſi enim alter promiſit, ſe vel rem vel æſtimationem reſtitututum, verba ſignificant, quòd periculum in ſe recipiat, ſi ipſe rogavit: ſi verò non rogavit, potiùs præſumitur ſolam operam promiſiſſe & communem diligentiam, oon caſum fortuitum. Sed in hoc conſuetudo, quæ à ſtationariis obſervatur, conſulenda eſt.

1067. QUÆRITUR 2. Si pluris vendat accipiens, quàm res fuerit æſtimata, & noo convenit, ad quem exceſſus ſpectet, cujus lucro ſit? Ad hoc eodem ferè modo ea præſumptione intentionis procedendum eſt. Si enim accipiens etiam periculum io ſe recipit, otique æquum eſt, ut lucrom ipſe habeat. Quin, etiamſi periculum in ſe non recepiſſet, ſi ſe ſolùm obligâſſet ad rem vel æſtimationem reſtitueodam, ſatisfaceret obligationi. Aliud dicendum eſſet, ſi intentio dantis & æſtimantis fuiſſet, ut non venderetur infra æſtimatiooem, de reliquo teneretur ſicut maudatarius; nam ut in loco dictum eſt, mandatarius tenetur etiam exceſſum reſtituere. Vniverſim tamen credo, quòd dans velit contentus eſſe æſtimatione.

QUÆRITUR 3. An accipiens poſſit rem ſibi emptam retinere, & æſtimatiooem reſtituere. Aliqui hoc negârunt. Sed mirum eſt, hoc potuiſſe negari, cùm non interſit dantis, quòd æſtimationem habeat ab alio tertio emptore. Et licèt dando dicatur, ut res vendatur tanto pretio, vel reſtituatur, hoc tameo accipieodum eſt in ſenſu & ex mente dantis, quæ alia noo eſt, quàm ut vel res ipſa, vel æſtimatio reſtituatur, quæ disjunctio obſervatur utique, ſi ipſe accipiens ſibi ſervet, & pretium reddat. Et hæc de his Contractibus ionominatis, quorum in Iure meotio ſit.

CAPUT XII.

DE CONTRACTIBUS, QUIBUS FORTUNA ADMISCETUR.

CONTROVERSIA I.

De Ludo.

SUMMARIUM.

Ludi definitio. 1068.
Conditiones ad Juſtitiam Ludi requiſitæ quatuor. eod.

NOn eſt animos diſputare quæſtiones innumeras quas movent Theologi circa ludum, ſed quæ omnes ad alias virtutes, ut Religioois, Charitatis, Temperantiæ, &c. ſpectant, & apud eosdem videri poſſunt, ſed illas ſolùm, quæ ad Iuſtitiam commutativam pertioent.

1068. Definitur Ludus, quòd ſit contractus (utique ionomiuatus, nam ejus nomen non à Iure ſcripto, ſed gentium introductum eſt,) quo victori certaminis res ab utroque expoſita tribuitur. Sunt autem duplicis generis, aliqui enim plus de arte & induſtria habeot, quàm de fortuna, alii plus de fortuna.

Ut autem Ludus noo ſit contra Iuſtitiam, quatuor conditiones obſervandæ, & examinandæ ſunt. Prima: ut ludens habeat liberam diſpoſi-

ſpoſitionem de illa re, quam ludo & fortunæ exponit. Secunda, ut abſque fraude & dolo aut metu inductus uterque ad ludendum accedat. Tertia, ut non interveniat fraus contra leges luſûs. Quarta, ut ſit utriuſque ludentis æqualis conditio.

§ I.

Prima conditio: Libera diſpoſitio de Ludi materia.

SUMMARIUM.

Prima conditio eſt, liberè diſponendi poteſtas. 1069.

Quidſi res aliena expoſita evincatur apud eum qui lucratus eſt, an qui perdidit, teneatur de evictione. 1070.

An qui exponens rem alienam ab altero lucratur, poſſit lucrum retinere. 1071.

Quidſi res uſu conſumptibilis aliena exponatur & perdatur. 1072.

An qui colluſori furatur pecuniam, & cum ea lucratur, poſſit lucrum retinere. 1073.

Solvuntur argumenta contraria. ead.

1069. Regula eſt, quòd ludens debeat habere, vel dominium, vel liberam diſpoſitionem & adminiſtrationem illius rei quam ludo, & fortunæ exponit. Nam abſque hac non poteſt alter colludens lucrari, quia non poteſt acquirere dominium. Quæ regula attendenda eſt illis perſonarum generibus, quarum adminiſtratio eſt reſtricta, ut ſunt Servi, filiifam. Pupilli, Minorennes, Conjuges.

1070. QVÆRITVR 1. An qui ludo exponit rem alienam, non conſumptibilem uſu, ſi apud illum qui lucratus eſt, evincatur, huic teneatur de evictione. In negativam inclinat Salas dub. 8. n. 1. Reſpondendum tamen eſt cum diſtinctione. Vel enim ludus erat unus ex prohibitis à Iure, (de quibus fortè infrà) & tunc non tenetur de evictione, quia nec tenebatur ſolvere perditum, adeoque re evictâ perinde habendus eſt, acſi nunquam luſiſſet. arg. *legis 2. §. 2. ff. quarum rerum actio non datur. Si in aleâ rem vendam, ut ludam, & evictâ re conveniar, exceptione ſummovebitur Emptor*, nempe colluſor. Vel ludus erat honeſtus & licitus, & tunc tenebitur de evictione, quia alter, licèt nihil ſolverit, habet tamen rem ex contractu oneroſo, & ideo habet Ius petendi valorem rei. Quodſi ſciat rem eſſe alienam, tenetur eam reſtituere Domino, vel ſi malit, reddere luſori, ut ejus valorem accipiat.

1071. QUÆRITUR 2. An is qui rem alienam exponens ab altero lucratus eſt, poſſit lucrum retinere. ℞. Si luſus eſt Iure prohibitus, & conſequenter nullus eſt contractus, debet totum lucrum reſtituere, quemadmodum alter teneretur, ſi lucratus fuiſſet. Si verò ludus fuiſſet licitus, tunc quia contractus fuit validus, non tenetur reſtituere, niſi alterum expoſuerit periculo nihil lucrandi, ob periculum evictionis, & quòd re evictâ incurriſſet ob alterius impotentiam aut noluntatem ſolvendi pretium rei alienæ expoſitæ. Nam pro æſtimatione periculi deberet reſtituere. Quodſi uterque ſciviſſet rem eſſe alienam, totum lucrum deberet reſtituere, quia contractus fuiſſet nullus, (ut obſervat P. Molina) ſi res fuit uſu non conſumptibilis.

1072. QVÆRITVR 3. Quid dicendum ſit, ſi rem alienam uſu conſumptibilem ludens exponeret, & perderet. ℞. Ex communi doctrina: vel ludens habet in ſuo patrimonio, unde poſſit reſarcire & compenſare rem alienam deperditam per luſum, vel non habet. Si non habet, vel hoc ſcit alter colludens, vel neſcit. Si ſcit, contractus eſt nullus, & tenetur eam reſtituere Domino, quia tenetur ex prima radice reſtitutionis, nempe re acceptâ. Si neſcit, tunc contractus valet eatenus, ut re illâ evictâ teneatur illi alter de evictione. Si verò habeat, unde compenſet, lucrator non tenetur reſtituere, quia fur potuit illam rem ſibi applicare, aliam ſuam ſubſtituendo.

1073. QVÆRITVR 4. Si unus ludentium omnem præſentem ſuam pecuniam perdidit, & ut poſſit ludere ulteriùs, furatur colluſori pecuniam, & lucratur, an poſſit lucrum retinere, reſtituendo pecuniam furto ablatam. Negant Ledeſma & Salas. Sanchez & Lugo affirmant, ſi habuit, unde reſtitueret, etiamſi etiam ablatam perderet, & hoc mihi verius videtur. Ratio eſt, quia non eſt reipsâ differentia ab eo caſu, quo luſiſſet pecuniâ alteri tertio ſublatâ: atqui tunc non teneretur reſtituere, ut fatentur adverſarii. Ergo, &c.

Objicitur 1. Ludus eſt alteri involuntarius, quia non luderet, ſi ſciret pecuniam ſibi furto ſublatam eſſe. Ergo deeſt conſenſus. ℞. 1. Antecedens non eſſe certum, fortè enim luderet detecto furto, & dando pecunias colluſori mutuas. ℞. 2. Eſto quòd non luderet, non ſequitur tamen hinc, quòd actus ſit ſimpliciter involuntarius, adeoque ludus nullus, ſicut ipſi adverſarii fatentur, actum valere, ſi alteri tertio pecunia ablata eſſet, eſto non luderet, ſi ſciret pecuniam eſſe alienam.

Objicitur 2. Intervenit fraus & injuria, ac dolus quo obtinetur luſus: contractus autem fraude obtentus eſt nullus, vel ſaltem reſcindendus ad placitum læſi. ℞. Negando quòd in tali caſu fraus det cauſam primariò, ut alter ludat, luderet enim, ſi fur haberet pecuniam propriam: ergo tota injuria conſiſtit in furto, & luſus eſt alteri ſecundùm ſe ſimpliciter voluntarius, & principa-

cipaliter ma vult valere, quàm non valere. Quodſi hoc neges, fateor, quòd aliter reſpondendum ſit, & dicendum, quòd deberet reſtituere. Quidſi enim habuit animum, non lucrandi v. g. plus quàm decem florenos, & non ultra ludendi, per ablationem autem decipitur, ut putet ſe necdum decem lucratum eſſe?

§ II.

Libertas prout excludit coactionem ad Ludendum.

S U M M A R I U M.

Quid juris, ſi aliter metu ad ludendum adactus eſt. 1074.
Solvuntur argumenta contraria. 1075.
An idem dicendum de inducente dolo. eod.
Quidſi conviciis adigatur ad ludum continuandum. eod.

1074. QUÆRITUR, an, qui à altero injuſto & gravi metu tractis ad ludendum, tali inquam metu, qui alioquin dicitur ſufficere ſaltèm ad hoc, ut contractus claudicet, & ad libitum læſi ſit reſcindibilis; teneatur id quod lucratus eſt reſtituere, & econtra etiam ille teneatur, qui metum paſſus eſt.

Prima ſententia de utroque affirmat. Ità plures apud Sanchez, qui eam dicit probabilem ex hoc fundamento. Contractus requirit æqualitatem. Ergo ſi unus non poteſt lucrum retinere, nec alter poteſt. atqui metum inferens non poteſt retinare lucrum. Ergo nec metum paſſus.

Secunda ſententia extremè oppoſita docet, neutrum debere reſtituere. Pro hac ſententia citat Lugo P. Molinam, & meritò, nam licèt inſpecto ſummario poſſet videri non ità abſolutè pronuntiare, textus tamen ità habet. Imò ſi ſolùm intervenit injuria, quia alioquin æqualiter lucrari potuit ac perdere, ac proinde contractus erat juſtus, arbitror ad nullam teneri reſtitutionem. Fundamenta poſtmodum referemus.

Tertia, & communior ac verior ſententia docet, eum qui metum intulit, teneri, non verò eum, qui metum paſſus eſt. Ità plures quos refert, & ſequitur Salas, Sanchez, Leſſius, Lugo. Pro hac ſententia ſupponimus id quod tract. 8. diſputatum eſt, contractus ex metu initos, in quantum in favorem metum paſſi cedunt, validos eſſe: unde infertur ſecundum membrum concluſionis, nempe, quòd is qui metum paſſus eſt, non teneatur lucrum reſtituere. Et ſanè hoc adeo videtur eſſe ex omnium ſenſu, ut non credam inventum iri ullum, qui de tali lucro retinendo ſcrupulum haberet, vel ex eo naturali principio, Iure etiam ſcripto ſæpiùs inculcato, quòd nemo ex iniquitate ſua debeat lucrum reportare: reportaret autem lucrum ille, qui injuſtum metum intulit, ſi inde haberet Ius repetendi quod ludendo amiſit, quod Ius non haberet, ſi ſine illatione metûs luſiſſet. Reſtat ergo ſolummodo probandum primum membrum.

Probatur autem ex dictis tract. 2. & ex ſecunda Radice Reſtitutionis, nempe injuſta læſione. Eſt enim regula, quòd qui alteri injuriam infert, teneatur ad reſarcienda omnia damna, quæ ex tali injuria conſecuta ſunt, & poterant prævideri fortè ſecutura: atqui damnum amiſſionis conſequitur ex luſu ad quem injuſtus metus impulit: ergo hoc damnum eſt reſtituendum, quia poterat prævideri, imò à ludente intendebatur. Sicut qui alterum injuſto metu adigit ad pugnandum, ſi illi corporale damnum infert, debet illud reſarcire.

1075. Objicit P. Molina 1. Pro injuria per metum illata non eſt obligatio reſtituendi, ſicut nec eſt pro injuria quâ quis v. g. alterum coëgit ad famem ferendam, vel pro dolore capitis quem paſſus eſt ex nimio potu ad quem fuit metu coactus. ℞. Nos non dicere, quòd lucrum ſit reſtituendum præcisè pro injuria, ſed ratione damni illati & conſecuti ex injuria, ſicut, ſi ex fame ſequeretur aliud damnum, v. g. morbus, & ſumptus in medicos faciendi, pro his eſſet ſatisfaciendum.

Objicit 2. Contrahentes debent æquali jure gaudere & uti. ergo ſi coactus poteſt lucrari, etiam cogens poterit, vel econtra ſi cogens non poteſt, nec coactus poterit. ℞. Aliud eſt, poſſe lucrari, & dominium acquirere, & aliud poſſe illud retinere. Concedo ergo conſequentiam, quòd poſſit lucrari, ſed nego, quòd poſſit retinere: quod Lugo declarat exemplo, v. g. ſi voviſſes lucrum reſtituere, poſſes utique lucrari, vi contractûs, ſed ex voto teneteris reſtituere. ergo pariter ex injuria illata teneris reſtituere, eſto lucrando dominium acquiſieris. Imò non repugnat alterum ex ludentibus poſſe lucrari, & alterum non poſſe lucrari, ut patet exemplo Sanchezii. Nam qui falſis chartis ludit cum innocente, non poteſt lucrari, ſed benè alter.

Quod de inferente metum dictum eſt, etiam de inducente per dolum, v. g. fingendo ſe ignarum ludi, cùm ſciret, ſe longè ſuperiorem altero, talis enim tenetur lucrum reſtituere, ſaltem ſi fuit extra periculum amittendi, & moraliter certus de lucro.

Quæres, an cenſeri debeat metus ſufficiens, ſi quis volentem ceſſare à ludo, conviciis & probris adigat ad pergendum: v. g. dicendo eſſe hominem vilem, avarum, timidum, &c. ℞. ex communi doctorum ſufficere. Non tamen ſufficeret, ſi alter ex mera verecundia, ne pro tali habeatur, pergat. Nam ſic non intervenit ex alterius parte injuria & metus.

§. III.

Digitized by Google

§. III.

Tertia Conditio: obſervatio legum quibus ludus exercetur.

SUMMARIUM.

Diſtinctio inter fraudes licitas & illicitas. 1076.

An colludens teneatur alterum monere in aliquo errore. 1077.

An ſit fraus illicita, inſpectio alienæ chartæ. eod.

Quid ſi convitiis adigatur ad ludum continuandum. eod.

1076. DIſtinguendum eſt inter fraudes licitas & illicitas. Nam dari fraodes licitas, paret ex modis gerendi bellum & victoriam obtinendi, v.g. ſi dux exercitûs ſimulat, ſe exercitum aliò ducturum, ut adverſarium à loco dimoveat, &c. Sic ergo io ludo ſunt quædam fraudes licitæ, ex tacita conventione, v. g. licet illi qui chartas habet optimas, ſimulare formidinem, ut alter ſponſiooem augeat, item eidem licet repetere ſponſiones, etſi certus ſit de victoria; ſicut idipſum licet illi, qui ad alterum terrendum repetit ſponſionem, cùm habeat chartas viliſſimas.

Econtra certum eſt illicitas eſſe fraudes quæ ſunt apertè contra legem ludo præſcriptam, v.g. ſi arte componat chartas, ut ſibi meliores obveniant, ſi chartas meliores occultet, ut deinde vilioribus ſupponat, ſi à tergo notas imprimat, ut à cæteris digooſcat. Quodſi non ex impreſſione ſua, ſed ex attritione dignoſceret, ſuæ induſtriæ in attendendo adſcribi poſſet, ac proinde non obeſſet; cùm & alter poſſet notare ſi vellet.

1077. DUBITATUR 1. An colludens teneatur alterum monere errantem in numerando, vel negligendo manum (ut vocant) ſeu primum locum, quando intereſt habere primam manum ſeu chartæ expoſitionem. Aliqui affirmant. Verùm, niſi expreſsè talis lex conſtituta ſit, potiùs eſt negandum, juxta regulam generalem, quòd error proprius noceat erranti.

DUBITATUR 2. An ſit fraus illicita inſpectio alienæ chartæ. ℞. Si hoc fiat ex incuria adverſarii, non erit, ſi de induſtria, erit. Unde nec circumſtantibus licet prodere chartas alterius.

1078. DUBITATUR 3. An ſi debes alteri v.g. 10. ob fraudes in ludo comiſſas, deinde eodem ludo continuato eoſdem decem perdis, tenearis nihilominus decem ſolvere. Negat Armilla. Sed veriuseſt teneri. Ratio eſt, quia perinde eſt, ac ſi illos decem furto abſtuliſſet intra ludum, à qua reſtitutione utique non liberaretur per hoc, quòd poſtea perdiderit. Ratio à priori eſt, quia alioquin in ſubſequentibus ſortibus poſt fraudem commiſſam non ſervaretur æqualitas, ità ut quivis eorum poſſet æqualiter lucrari: nam ille cui fraus facta eſt, non poſſet lucrari, quia pro lucro acciperet, quod jam ob fraudem debetur.

§. IV.

Quarta Conditio: æqualitas colludentium.

SUMMARIUM.

AN peritior abſque fraude & ſimulatione ludens poſſit lucrum retinere. 1079.

Conſideratio ſubtilis Card. de Lugo. eod.

Solvuntur argumenta. eod.

DIfficultas eſt de æqualitate in peritia Ludi, & quando fit ludus à pluribus cum contractu oneroſo, vi cujus periculum perdeodi cum ſpe lucrandi committitur. Adeoque non eſt quæſtio de illis ludis publicis, v.g. jaculatione ad metam, ubi præmia proponuntur hac intentione, ut qui meliùs agit, ferat præmium, ubi exceſſus in peritia adeo non obſtat, ut potiùs intendatur.

1079. QUÆRITUR ergo 1. An quando unus ſcit ſe longè & notabiliter excedere alterum in ludi arte, v.g. in ſphæriſterio, ità ut ſit moraliter certus de victoria, neque tamen ſimulatiooe aut mendacio alterum decipit, quaſi eſſet illi æqualis, alter verò à ſeipſo decipitur, vel nimium de ſe præſumendo, vel nolendo per experientiam aut alio modo explorare alterius exceſſum, an inquam peritior poſſit lucrum retinere.

Affirmativa ſententia eſt ab auctoritate probabilis, ut fatentur Salas & Lugo.

Negativa tamen, & eſt communior, & ex intrinſecis principiis probabilior. Ratio eſt, quia non ſervatur æqualitas.

Reſpondeot Salas & Leſſius, inter ludentes non requiri aliam æqualitatem, quàm ut teneantur ſervare eaſdem leges ludi, & utrique ſit par Ius lucrandi. Paritatem autem induſtriæ non requiri.

Verùm, Card. de Lugo ſubtiliùs inſpexit, & pulchrè rationem communem promovit. Sicut, inquit, in emptione requiritur æqualitas inter rem & pretium, & in contractu Societatis requiritur æqualitas inter ſpem lucri & partem quam ſocius confert, & in omni permutatione requiritur æqualitas inter unam rem & aliam cum qua permutatur, & ſic de aliis contractibus oneroſis, ſic etiam in ludo, in quo ſinguli volunt quaſi emere ſpem lucri periculo jacturæ, requiritur æqualitas inter ſpem & periculum, ut ſit æqualitas inter datum & acceptum. Unde, ſicut in aſſecuratione non acciperetur juſtè magnum pretium ab aſſecurante, quando periculum rei aſſecuratæ nullum vel leviſſimum eſſet, quia deeſſet æqua-

dita, inter datum & acceptum, ſic in ludo non ſervatur Iuſtitia, quando pro periculo certo perdendi datur ſpes nulla vel leviſſima lucrandi. Ità Card. Lugo.

Objiciunt 1. Suprà diximus, quòd etiamſi unus luſorum habeat chartas optimas, & certus ſit de victoria, poſſit tamen ſponſionem repetere; ergo quòd quis antecedenter ſit certus de victoria, non obſtat juſtitiæ & æqualitati. ℞. Negando conſequentiam & ſuppoſitum. Nam antecedenter ad chartarum diſtributionem non erat certus de victoria; quòd autem acceperit meliores chartas, eſt fortunæ, & jam eſt victoria ſaltèm inchoata; quæ fortuna potuiſſet etiam alteri contingere. Itaque æqualitas requiritur pro initio congreſsûs; atqui chartis diſtributis congreſſus jam eſt factus, & jam acquiſitum Ius, ut alter non poſſit reſilire, & lex ludi eſt, poſſe ſponſionem etiam cum tali certitudine facere.

Objiciunt 2. Si exceſſus non eſt notabilis, omnes fatentur, quòd non vitiet contractum, & quòd excedens poſſit lucrari. Ergo idem dicendum, ſi ſit notabilis: nam plus & minus non variat ſpeciem. ℞. Modicum exceſſum ideo non variare, quia moraliter eſt impoſſibilis Metaphyſica æqualitas, & in illam inæqualitatem cenſentur colluſores ſemper conſentire, alioquin omnia evaderent dubia & perplexa. Itaque ſicut poteſt aliqua lex ſolùm prohibere aliquid in quantitate notabili, & nolle prohibere in quantitate non notabili, ut lex jejunii, ità etiam lex ludi eſt, ut non ſit differentia notabilis. & ſic negatur id, quod probationis loco adductum eſt in objectione, quòd plus & minus non variet ſpeciem.

1080. QUÆRITUR 2. Quando notabilis exceſſus peritiæ alteri inferiori notus eſt, & tamen ille vult ludere, an poſſit peritior lucrum retinere. ℞. In hoc caſu recurrendum eſſe ad præſumptionem de animo donandi, & quòd alter velit voluptatem ludendi ſibi comparare per jacturam in ludo faciendam.

§. V.

De Obligationibus ex Ludo prohibito.

SUMMARIUM.

An poſſit lucrum retinere, qui habuit animum utendi beneficio legis de non ſolvendo, alter verò habuit animum ſolvendi. 1081.

Quomodo unusquisque ludentium cenſeatur ſe obligare ad ſolvendum. 1082.

Solvuntur argumenta. eod.

Quinam ludi prohibeantur à Iure. 1083.

Specialia Iuris Bavarici. 1084.

1081. QUÆRITUR difficiliùs. Si luſus ſit ejusmodi, ut ex legum beneficio ludentes non teneantur ſolvere quod amiſerunt, imò & ſolutum repetere, & colluſores hoc ſciunt, unus autem habet in animo, quòd ſi perdat, nolit ſolvere, ſed uti beneficio legis, vel, ſi ſolvit, velit eodem beneficio repetere ſolutum; quæritur, inquam, an poſſit lucrum retinere, quia alter habuit animum alium, nempe non repetendi, nec hunc animum mutat. Certum autem eſt, quòd ſi ab initio alter habuiſſet animum ſolvendi, & non repetendi, poſſet deinde animum mutare, & repetere ſolutum, aut non ſolvere: hoc enim illi leges permittunt.

In caſu ergo quæſtionis negant aliqui, quòd poſſet lucrum retinere. Ità plures, quos refert Sanchez, & ſequitur Leſſius.

Affirmativam tamen ſententiam tenet Sanchez, & Lugo. quæ quo ſenſu vera ſit, patebit ex ſolutione objectionum. Itaque

Probatio hujus ſententiæ erit ſolutio argumentorum contrariæ ſententiæ, cui incumbit probare obligationem reſtituendi lucrum ſolutum, & nullitatem omnimodam contractûs.

Objicitur ergo 1. Qui non habet animum ſe obligandi, non habet intentionem requiſitam ad naturam contractûs: ſed qui non habet animum ſolvendi, nec animum relinquendi alteri ſolutum, non habet animum ſe obligandi. Ergo contractus eſt nullus. Ergo ſi ipſe lucratus eſt, non poteſt retinere lucrum. Reſpondetur primò, majorem argumenti eſſe falſam, cujus falſitas infinitis inſtantiis oſtendi poteſt. Qui contrahit matrimonium animo non ſervandi fidem conjugalem, adhuc contrahit validum matrimonium: Ergo habet animum ſe obligandi ad ſervandam fidem conjugalem. Ergo benè ſtant ſimul animus efficax ſe obligandi ad aliquid faciendum, cum animo occulto non ſatisfaciendi obligationi. ſic etiam poteſt quis ſe obligare ad caſtitatem per Profeſſionem religioſam, aut Sacrorum Ordinum ſuſceptionem, & tamen habere conjunctum peſſimum animum vivendi luxuriosè.

Reſpondetur 2. Negando ſuppoſitum argumenti, nempe quòd ad valorem ludi prohibiti requiratur efficax voluntas ſe obligandi ad ſolvendum, vel ad ſolutum non repetendum ex Iuſtitia: & quidem hoc etiam adverſarii fateri debent: nam ipſi fatentur validum contractum, ſi ludens in congreſſu habeat voluntatem ſolvendi, eſto poſtea beneficio legis poſſit nolle ſolvere. ſubſumo: atqui talis voluntas ſe obligandi eſt voluntas inefficax, quia tali obligationi reſiſtit lex, ſicut reſiſtit contractibus minorum: ergo etiam in adverſariorum ſententia non requiritur voluntas efficax obligandi ſe ad ſolvendum ex juſtitia: ergo ſi ludens ſciat, ſe, quantumvis vellet, non poſſe obligari ex juſtitia, nugaretur profectò volendo ſe obligare ex juſtitia.

Omni-

Omnibus ergo ſolvenda eſt præſens difficultas, & declarandum, qualisnam requiratur voluntas ſe obligandi, ut contractus eousque valeat, ut lucrans poſſit lucrum ſolutum retinere, ſaltèm eò usque donec ab altero repetatur.

1082. DICENDUM ergo eſt; loquendo de ſolutione, ſi quidem non in ipſo ludo intervenit, nec exponitur id pro quo luditur, dicendum eſt, inquam, quòd unusquisque ſe obliget ex virtute veracitatis & fidelitatis, ad ſolvendum, & ex decentia politica, & contra hanc virtutem peccat, qui exteriùs promittit, ſe ſoluturum, ſi animum non habeat. ſi verò animum habuit, ſed poſtmodum non ſolvit, iterum peccat contra virtutem fidelitatis, quæ obligat ad confirmanda facta dictis. Non tamen peccat contra juſtitiam, quia ex hac nullam habet obligationem.

Loquendo verò de non repetendo ſoluto, unusquisque ludentium obligat ſe ex eadem virtute fidelitatis ad non repetendum in judicio, non tamen ex juſtitia, nam ſi ex hac ſe obligaret, contraheret obligationem naturalem non repetendi, ergo ſi poſtea peteret, redderetur petitio inefficax, quia alteri competeret exceptio rationé obligationis naturalis. Præterea unusquisque tribuit alteri jus retinendi lucrum ſolutum, quamdiu non repetetur in judicio, & ſic transfert dominium revocabile per Iudicis ſententiam: ergo obligat ſe ad non revocandum, aut auferendum privatâ auctoritate. Ergo poteſt lucrans lucrum retinere, quod erat probandum.

Objicitur 2. Quando dolus & fraus dat cauſam ludo, non poteſt lucrum retineri cum damno alterius, quia ratione fraudis, ſicut ratione metûs, naſcitur obligatio reparandi damna ſecuta, ſive deinde contractus actu fuerit nullus, ſive ſit reſcindendus, ut alibi docuimus, & ſupponit ſæpius ipſe Lugo. Atqui in noſtro caſu qui ſimulat animum ſolvendi, & non repetendi, ſi alter in rei veritate talem animum habet, fraude inducit alterum ad ludendum, & talis fraus dat cauſam ludo. Ergo, &c.

Reſpondeo, minorem non eſſe infallibilem, ſed conſiſtere in facto, & poſſe eſſe falſam, quia alter poteſt eſſe contentus obligatione politicâ ex fidelitate, & ità comparatus, ut velit ludum valere, quantùm valere poteſt; quidquid ſit de animo colludentis, eſto ſi eum ſciret, non luderet; ſicut qui ducit conjugem quæ ſe ſimulat Virginem, non ducturus ſi ſciret violatam, valet tamen matrimonium, quia noluit huic veritati alligare ſuam intentionem. De hoc ergo caſu intelligenda eſt concluſio. Quòd ſi reverâ fraus daret cauſam contractui, omnino fatendum eſt, quòd eſſet obligatio reſtituendi.

Objicitur 3. Quando leges Civiles aliquem contractum prohibent, tunc eum penitus irritant, ut probatur ex lege, *Non dubium.* C. de legibus, ℞. Hanc legem eſſe à me explicatam tract. 1. de Legibus irritantibus. In præſenti quæſtione dico, legi prohibenti ludum ſufficere, quòd irritet, modo dicto, obligationem ex Iuſtitia ſolvendi, vel non repetendi.

Objici poſſet 3. Ludens & ſpondens ſe velle ſolvere, & ſolutum non repetere, cedit Iure ſuo, & renuntiat favori legis: ergo non poteſt poſtea repetere in judicio. ℞. Si juramento firmaret, ſe ſoluturum, tunc teneretur, juxta ea, quæ alibi diximus, de confirmatione contractuū per juramentum. Secùs, negatur poſſe efficaciter huic beneficio legis renuntiari, quia eſt introductum in bonum publicum, ne cives hujusmodi ludis occupentur & depauperentur.

1083. Reſtat nunc ſolùm dicendum, quinam ludi prohibeantur à Iure. ℞. In ſpecie prohiberi luſum alearum, de quo eſt titulus in Digeſtis & Codice. Quæ in Digeſtis habentur, huc non ſpectant. In Codice verò eſt lex 1. de aleatoribus, (& non Authentica, alearum uſus de de Religioſis: ut perperam citat Lugo, nulla enim talis Authentica extat, ſed lex 3. ità incipit) quæ ſic habet. [Victum in aleæ luſu non poſſe conveniri: & ſi ſolverit, habere repetitionem; tam ipſum, quàm hæredes ejus, adversùs victorem & ejus hæredes; idque perpetuò, & etiam poſt triginta annos. Quodſi vel ipſe, vel ejus hæredes repetere neglexerint, liceat cuicunque volenti, & præcipuè civitatis, in qua id factum eſt, primati, vel defenſori, repetere, & in opera civitatis id expendere. Data autem ſuper aleæ luſu cautio ſit irrita, & condici poſſit.]

In lege 3. Eod. hæc habentur. [Commodis igitur ſubjectorum proſpicientes, hâc generali lege decernimus, ut nulli liceat in publicis vel privatis domibus vel locis ludere, neque in genere, neque in ſpecie, & ſi contrà factum fuerit, nulla condemnatio ſequatur, ſed ſolutum reddatur, & competentibus actionibus repetatur ab his qui dederint, vel eorum hæredibus, &c.]

1084. Ius Bavaricum eſt in hac materia accuratiſſimum in lib. 5. P. O. tit. 8. per 11. articulos. Primò jubet interdici clancularios, & nocturnos ludos. 2. Recreationis causâ, finito divino officio, in locis publicis aut honeſtis, licet ludere, exceptis Sabbathinis & aliis veſpertinis vigiliarum ſacrarum temporibus. 3. Vltra 15. crucigeros quod ab homine vulgari perditur, nulla naſcitur obligatio. 4. Pueris infrà 18. annos ſpecialiter interdicitur: & deinceps plura ſtatuuntur, quæ magis ad Ius publicum & ad pœnas ſpectant, atque à locorum Præfectis benè obſervanda eſſent, quæ hîc recenſere non vacat

CONTROVERSIA II.

De Contractu Sponſionum.

SUMMARIUM.

DEfinitio Sponſionis. 1085.
An ſit Contractus licitus. 1086.
An certus de victoria poſſit ſolutum retinere aut exigere. 1087.
Quid ſi manifeſtet, ſe eſſe certum, & alter urgeat. 1088.
An factâ ſponſione licitum ſit reſilire. 1089.
An Iure poſitivo ſint aliquæ ſponſiones prohibitæ, alioquin licitæ. 1090.

1085. SPONSIO eſt Contractus, quo duo de veritate vel eventu alicujus rei contendentes ſibi viciſſim aliquid ſpondent, ut id ejus ſit, qui veritatem fuerit aſſecutus. Itaque in hoc contractu unus affirmat, alter negat: & viciſſim ſe obligant ad dandum præmium alteri, qui veritatem attigerit. Non eſt autem neceſſe, ut præmium ſit idem reſpectu utriusque, poteſt enim eſſe diverſum tam quoad qualitatem, quàm quo ad quantitatem. nec etiam eſt neceſſe, ut conſiſtat in aliquo poſitivo, aut in re corporea, poteſt enim conſiſtere in negativo v. g. obligando ſe ad aliquid non faciendum, vel non exigendum, item in re incorporea, v. g. aliquo Iure.

1086. QUÆRITUR 1. An Contractus ſit licitus. Negârunt etiam de Iure naturæ Sylveſter, Gabriel, Antonius: ſed contra ſenſum communem omnium hominum, qui ſine ſcrupulo ſpondent, & cenſent ſe obligari. Ratio eſt, quia periculum cui ſe unus exponit, eſt commutabile cum periculo alterius. Neque verum eſt, quod adverſarii aſſumunt, debere contractum afferre aliquam utilitatem Reipublicæ: ſatis enim eſt, quòd afferat utilitatem privatis, & per conſequens ac ſecundariò Reipublicæ, ſicut ludus & alii plures contractus, quamvis ea alio capite, & ex materia circa quam Sponſio exercetur, poſſit contractus eſſe peccaminoſus, quatenus allicit ad illicitum, v. g. ſpondere, quis poſſit plus bibere, aut comedere, &c. De quibus non eſt quæſtio. Pari modo poſſent Sponſiones rationabiliter prohiberi, quæ fiunt in præjudicium tertii, cum aliquo illius periculo, v. g. circa futuram mortem talis perſonæ.

1087. QUÆRITUR 2. An is qui certus eſt de eo quod ſpondendo affirmat, neque ſupervenit dubium, poſſit exigere ab altero præmium, aut ſolutum retinere. ℞. Negativè, quia nulla ſervatur æqualitas; nam in hoc contractu debet ea utraque parte poni ſpes lucrandi: atqui is qui certus eſt antecedenter ad ſponſionem de veritate, nullam offert alteri ſpem, nullo ſe exponit periculo perdendi. Ergo non valet contractus. Et in hoc omnes conveniunt. Sed

1088. QUÆRITUR 3. Si is qui certus eſt, alteri ſuam certitudinem conteſtaretur, aſſerendo ſe ob certitudinem non poſſe ſpondere, an altero nihilominus pertinaciter inſiſtente poſſit ſpondere, & lucrum retinere. Affirmant graves DD. Lopez, Medina, Navarrus, Sanchez, Villalobos, Diana. quorum ſententia ob auctoritatem non poteſt dici improbabilis. Et ſanè alter videtur ſolvendo velle donare, ad vitandam ſaltèm confuſionem, aut ad caſtigandam in ſeipſo temeritatem, & hoc poteſt plerumque, meo judicio, alter præſumere. Si tamen conſtaret, quòd ideo ſolùm ſolveret, quòd putet ſe ex vi contractûs teneri, hoc caſu ſententia hæc difficilis eſt, ſtando in ratione, & Negativa eſt verior ac communior.

Ratio autem jam eſt ſatis indicata in præcedenti Quæſito: quia deficit æqualitas requiſita in reciproca oblatione ſpei lucrandi, & periculo amittendi, quod ea una parte nullum eſſet. Neque conteſtatio unius, & alterius pertinacia hoc vitium poſſet purgare. Sicut ſi quis haberet vitrum, ſciens eſſe merum vitrum, & aliquis Trapezita deceptus ſuo judicio putaret eſſe gemmam, & pertinaciter vellet emere pretio magno, non valeret venditio, ob vitium intrinſecum rei.

Objiciet aliquis. Ludus poteſt aliquando valere non obſtante antecedente certitudine de Victoria, nempe ſi quis per divinam revelationem ſciret, ſe victurum, de qua re circumferuntur exempla. Ergo etiam cum hujusmodi certitudine poſſet fieri Sponſio. Reſpondeo cum Card. de Lugo n. 84. negando paritatem. Diſparitatis ratio eſt, quia in ludo non requiritur alia æqualitas, quam par potentia antecedens & intrinſeca ad lucrandum & perdendum; revelatio autem divina ex præviſione casûs fortuiti facta, non minuit hanc potentiam, ſicut præviſio peccati futuri non minuit libertatem. Econtra in Sponſione tota contentio eſt de invenienda veritate, & ille lucratur qui ea contradictoriis eam invenerit: atqui hanc inventionem præbet ipſa revelatio: ergo jam inducit inæqualitatem: & eſt potiùs talis comparandus cum eo, qui alterum ratione peritiæ ità excedit in ludo, ut ſit certus de victoria, & tunc ludus non valet.

1089. QUÆRITUR 4. An factâ ſponſione licitum ſit reſilire, quod idem eſt ac quærere, an iſte contractus re perficiatur, hoc eſt, non inducat obligationem antequam unus agat id, in quo verſatur ſponſio: quod quidem non habet locum in illis ſponſionibus, in quibus ſponſio fit de eventu independente ab operatione ſpondentium. In his enim certum eſt, ſolo conſenſu contractum perfici, & tunc non licere reſilire. Locum tamen habet in aliis ſponſionibus, v. g. Petrus ſpondet cum Paulo, quod ipſum

ſum eſſet jaculando victurus, Paulus autem aſſerit, ſe non eſſe vincendum. Et factâ ſponſione Paulus nõ vult jaculari, quo poſito Petrus ipſũ nõ ſuperabit. Reſpondeo, hoc pendere ab intentione ſpondentium. Si enim Paulus ſolùm ſpopondit ſub conditione, ſi jaculaturus ſit, poteſt reſilire, quia non ſe obligavit ad jaculandum. Si verò ſpondendo voluit ſe obligare ad jaculandum, tunc non poteſt reſilire. Et ex circumſtantiis judicandum eſt de intentione, ut tóque plerumque præſumi animum ſe obligandi ad jaculandum, quamvis Lugo contrarium arbitretur.

1090. QUÆRITUR 5. An Iure poſitivo ſint defacto aliquæ Sponſiones prohibitæ; quæ de Iure naturæ eſſent licitæ. ℞. Affirmativè. Prohibentur enim Pontificum Bullis (quas referrem, ſi crederem in his partibus hujusmodi Sponſionum uſum aut periculum eſſe) *S*ponſiones ſuper vita, morte, vel futurâ electione Summi Pontificis, non ſolùm Sede vacante, ſed etiam ante eam vacantem, item ſuper futura electione Cardinalium. Extſtat Bulla Pii IV. quæ incipit: *In eligendis.* quam deinde extendit, & confirmavit Gregorius XIV. quæ incipit: *Cogit nos.* Praxin Sponſionum prout fieri ſolebant, refert Filliucius hîc *tract. 37. cap. 2. n. 31.*

CONTROVERSIA III.

De Contractu Sortis.

SUMMARIUM.

Contractûs Sortis definitio. 1091.
An aliquæ Sortes ſint ſpeciali jure prohibitæ. 1092.

1091. NOn eſt hoc loco ſermo de ſorte divinatoria, quâ dæmon conſulitur, neque de conſultatoria, quâ divinum conſilium inquiritur, ſed de ſorte diviſoria, v. g. quando bona hæreditatis inter hæredes ſorte dividuntur. Quo quidem etiam reducitur Olla fortunæ, cujus tamen leges quia pro diverſis locis variæ ſunt, & ad Magiſtratum ſpectat, providere ne fraudes committantur, nihil hîc ulteriùs eſt addendum, ſed omnia ex communibus principiis reſolvenda.

SORS ergo hoc loco eſt Contractus, quo aliqui jus habentes in aliqua re conveniunt, ut mittantur ſortes, quibus conſtet, quis illam obtinere debeat. Eſt ergo voluntas conditionata, quæ, ſorte eveniente tranſit in abſolutam.

Ut ergo hic contractus ſit juſtus, abeſſe debent fraudes, quibus fortè ſortes ità diſponerentur, ut non eſſet par contrahentium periculum.

1092. QUÆRITUR An aliquæ ſortes ſint ſpeciali jure prohibitæ. ℞. in cap. *Eccleſiæ de Sortilegiis* prohiberi electionem ad beneficium Eccleſiaſticum per ſortes. ubi dicitur. [Multa reprehenſione dignum eſſe, quòd ſors in talibus interveniat. *& poſtea additur:* Sortis uſum in electionibus perpetuâ prohibitione damnantes.] Quæ prohibitio non eſt extendenda ad alias ſortes. Sic enim ad futuram Pontificis electionem ſorte dividuntur in conclavi cubicula.

CONTROVERSIA IV.

De Contractu Aſſecurationis.

SUMMARIUM.

Aſſecurationis definitio. 1093.
Quæ ſit menſura pretii. 1094.
An aſſecurans debeat reverà adhibere operam æſtimabilem. 1095.
An debeat à parte rei ſubeſſe periculum, vel ſpes contra periculum. 1096.
Quid ſi alter jam habeat notitiam de rei veritate. 1097.
Ad quid teneatur aſſecurator, quando non totius aſſecurationem ſpondet, & proportionatum pretium petit. 1098.
An poſſet peti aſſecuratio mercium ſimulatarum. 1099.
An poſſit aſſecurari vita ad certos annos. 1100.

1093. DEfinitur à P. Molina d. 507. *Contractus, quo periculum ſuſcipitur rei alicujus pro pretio aut intereſſe alio.* Addi tamen poteſt huic definitioni conformiter ad alias contractuum definitiones, & ad indicandum genus proximius, quòd ſit contractus bonæ fidei, ſolo conſenſu initus, innominatus. Reverà enim non habet nomen à Iure conſtitutum; niſi quis dicere vellet eſſe ſpeciem emptionis, quia pro pretio emitur ſecuritas rei, & alter in ſe ſuſcipit caſum fortuitum & omne periculum. Quia tamen non eſt de conceptu aſſecurationis, ut interveniat pretium, ideo ponitur contractus diſtinctus, & innominatus, & reducitur à quibuſdam ad contractum Do ut facias, vel Facio ut facias. Quidquid de hoc ſit, quia habet admixtam fortunam, meretur ſpecialius examen.

1094. QUÆRITUR 1. Quæ ſit menſura pretii, & ex quo capite creſcat vel decreſcat. ℞. Pretium non conſiſtere in indiviſibili, ſed habere gradus ſummi, medii, & infimi. Deinde non ſolùm ex majori vel minore valore rei aſſecurandæ, ſed etiam ex majore vel minore periculo cui res eſt expoſita, creſcit vel decreſcit juſtum aſſecurationis pretium, quia tunc aſſecu-

Digitized by Google

ratio eſt pretioſior vel minùs pretioſa & æſtimabilis.

1095. QUÆRITUR 2. An ut iſte contractus ſit juſtus, neceſſarium ſit, eum, qui aſſecurat, adhibere aliquam operam pretio æſtimabilem. *Affirmavit Conradus de contractibus q.* 71. Negativa tamen eſt certa, & omnium aliorum, ſufficere, ut quis in ſe recipiat rei periculum, etiamſi nullam aliam operam æſtimabilem præſtet. Ratio eſt, quia hæc aſſecuratio, etiam remotâ omni operâ eſt pretio æſtimabilis.

Objicit Conradus. Talis aſſecuratio nec eſt proficua Reipublicæ, nec ipſis contrahentibus honeſta, quia volunt otiando lucrari, contra illud Geneſis 3. *In ſudore vultus tui.* Sed hæc ſunt admodum levia. Nàm in primis talis aſſecurandi licentia eſt admodum proficua Reipublicæ, quia allicit mercatores, ad libentiùs transportandas merces, quia ſe tutiùs. Neque eſt ulla inhoneſtas, in gratiam alterius exponere ſe periculo jacturæ, cum aliqua ſpe lucri. Neque ad rem facit illud Geneſeos. alioquin divites non deberent comedere, niſi priùs in lucrando pane ſudâſſent. Eſt enim mera denuntiatio pœnæ duraturæ in poſteris, etſi non in ſingulis.

1096. QUÆRITUR 3. An ad valorem hujus contractûs requiratur, ut à parte rei ſubſit periculum, vel ſpes aliqua contra periculum ſeu rei interitum. v.g. an valeret contractus, ſi res aſſecuranda à parte rei, dum celebratur contractus, jam ſit extra periculum, quia jam navis eſt in portu: econtra, ſi jam à parte rei periit. ℟. Ex omnium ſententia, hoc non requiri, ſed ſufficere, ſi in æſtimatione hominum periculum & ſpes ſalvandi ſubſit. Ratio eſt, quia tunc adhuc aſſecuratio habet ſuam æſtimabilitatem in communi hominum judicio. Alioquin rarò valeret aſſecuratio, quia communiter ex poſt facto patet nullum fuiſſe periculum, quia fuit optima tempeſtas, nulli piratæ vagati ſunt per mare, &c. Verùm

1097. QUÆRITUR 4. An obſit valori contractûs, ſi alter contrahentium jam habet notitiam de rei veritate, v.g. aſſecurans certis nuntiis accepit, navim jam eſſe in portu, an adhuc poſſit pro aſſecuratione petere pretium: econtra ſi ille qui rem vult habere ſecuram, ſcit jam periiſſe, an poſſit adhuc contrahere, & alterum ſibi obligare ad aſſecurandum. ℟. Non valere, & hæc reſponſio eſt conformis omnium ſenſui, quia talis contrahens committeret fraudem: & planè deciperet alterum, ſimulando periculum: & intentio alterius contrahentis, cùm ſit contractus bonæ fidei, in hoc ſe fundat, quòd ſecundùm utriuſq; æſtimationem res ſit dubia, & periculoſa. Neque bonum Reipublicæ requirit, ut hujuſmodi aſſecuratio valeat, ſed ſolùm, ut valeat, quando res eſt in dubio.

Declaratur autem res in exemplo emptionis. Si quis haberet vitrum, ſciens eſſe vitrum, emptor autem dubitaret, an non eſſet gemma, non poſſet venditor accipere pretium, non ſolùm illud, quod valeret vera hujuſmodi gemma, ſed neque poſſet accipere illud, quod in communi hominum æſtimatione ſub tali dubio illud vitrum valeret, ſicut poſſet accipere, ſi utetque dubitaret, & ſe fortunæ committeret. Sic ſe res habet in noſtro propoſito.

Vnde per doctrinæ conſequentiam rectè infert Lugo contra Leſſium, quòd ſi aſſecuranti certò conſtaret, periculum eſſe valde exiguum, v. g. per litteras amici ſciret, Piratas eo die alio excurriſſe, non poſſe pro periculo communiter exiſtimato totum pretium accipere, ſed minus, quantum v. g. eſt ex tempeſtatibus timendum. Ratio eſt, quia ſicut ſe habet ſimpliciter ad ſimpliciter, ità minus ad minus. Argumenta autem P. Leſſii contra ipſum Leſſium probant, nempe quòd valeret contractus, etiam quando aſſecuranti evidenter conſtaret, rem jam eſſe extra periculum. Itaque in hoc contractu pretium taxatur ſecundùm æſtimationem periculi quam habent contrahentes.

Objicit Leſſius inſtantiam. Qui privatâ ſcientiâ ſcit, paulò poſt futuram abundatiam frumenti, poteſt nihilominus frumentum vendere eo pretio, quo venditur communiter ab aliis. ergo idem dicendum erit in noſtro caſu. Iam antè dixi, hoc argumentum retorqueri poſſe in ſuum auctorem, nempe quòd poſſet accipi totum pretium aſſecurationis etiam ab eo, qui ſcit rem jam eſſe extra periculum, dummodo hoc aliis ſit ignotum, quod tamen negat ipſe Leſſius. ℟. ergo negando paritatem. quia in venditione frumenti non menſuratur pretium ex æſtimatione periculi de futura vel non futura abundantia, nec hoc periculum deducitur in contractum, ſed ab hoc præſcinditur.

1098. QUÆRITUR 5. Ad quid teneatur aſſecurator quando non totum, ſed v. g. dimidiam partem ſpondet ſecuram, & proportionatum pretium petit. In hoc puncto tria docet P. Molina d. 507. n. 9. 1. Docet. Si fuerit deſignata certa pars determinata, & in particulari aſſecuranda, v. g. committit navi frumentum, & oleum, & contrahit ſolùm de oleo aſſecurando, tunc ſi oleum pereat, tenebitur aſſecurator, etiamſi frumentum ſalvetur: tenebitur, inquam, in quantùm de oleo periit. ſi verò frumentum pereat, & oleum ſalvetur, ad nihil tenetur. 2. Docet. Si nihil in particulari deſignetur, ſed ſolùm ex illis mercibus v. g. duo mille aureorum valor, cùm fortè tota res valeat ſex mille, tunc ſi merces omnes pereant, ſolvendi ſunt integri duo mille aurei. 3. Docet. Si verò pereat dimidium illarum mercium, quæ æſtimatæ fuerunt ſex mille aureis, ſolvendi ſunt ſolùm mille aurei. Ità Molina. In primo & ſecundo aſſentior. in tertio non aſſentior, ſed dico cum Card. de Lugo,

go, quòd tunc ad nihil teneatur aſſecurator, imò ad nihil teneretur, ſi 4. millia petiiſſent, dummodo duo millia ſalva eſſent. Ratio eſt, quia intentio contrahentium fuit, ut ſaltem duo millia ſint ſalva: atqui hoc fieret in caſu poſito. ergo aſſecurator verificavit totum quod promiſit: & conſequenter deberet illi pretium totum conſtitutum.

1099. QUÆRITUR 6. An quis poſſet petere aſſecuratiooem mercium quas fingit ſe intuliſſe navi: adeoque, ſi navis omnino pereat, poſſet petere ab aſſecuratore valorem mercium quas finxit ſe intuliſſe, & quæ utique periiſſent, ſi fuiſſent illatæ. ℞. Contractum eſſe nullum: quia aſſecurator non conſenſit in talem caſum. Uno verbo, quia non ſubeſt ullum periculum perdendi merces, cùm nullæ ſint illatæ.

1100. QUÆRITUR 7. An poſſit in hoc contractu aſſecurari vita alicujus perſonæ ad certos annos. non quaſi vita æſtimetur, cùm nullo pretio æſtimari poſſit, ſed quia æſtimatur intereſſe alterius, & damnum quod ſubiret, ſi aliter moreretur. ℞. Affirmativè. Exemplum afferunt DD. v. g. ſi quis aſſumatur in Epiſcopum, & petit à mercatore mutuum ad expediendas Bullas, & ad impetrationem Confirmationis, hac conditione, ut illam ſummam ſolvat ſucceſſivè per 5. annos. hoc caſu poteſt mercator petere ſibi aſſecurari vitam Epiſcopi per 5. annos, ut ſe ſervet indemnem.

Objici poſſet; hanc eſſe occaſionem inſidiandi vitæ illius, cujus vita aſſecuratur. ℞. Hoc non provenire per ſe loquendo, & ex natura aſſecurationis, ſed ex, malitia illius qui petit aſſecurationem. alioquin neque donatio causâ mortis, neque inſtitutio hæredis deberet valere, quando de donatione conſtaret donatario, vel de inſtitutione hæredi. Communiter ergo abeſt hujuſmodi periculum, quia aſſecurans potiùs deſiderat vitam illius, ſicut mercator deſiderat merces ſalvas. Et hæc de his Contractibus innominatis.

CAPUT XIII.

DE QUASI CONTRACTIBUS,

Seu

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

CONTROVERSIA I.

De Quaſi Contractibus in genere.

SUMMARIUM.

Variæ definitiones Quaſi Contractuum. 1102.
Referuntur ſex ſpecies. eod.
An præter relatas dentur aliæ. 1103.

1101. Frequens eſt juris uſus, ut ea quæ cum altero ſimilitudinem aliquam habent, nec tamen propriè ſub illius nomine veniunt, Quaſi talia dicantur. Sic dicitur Peculium Quaſi Caſtrenſe, Quaſi uſusfructus, actio Quaſi Serviana, Quaſi Poſſeſſio.

Quandoquidem ergo cùm contractibus propriè dictis, & hactenus in diſputationem adductis, aliquam ſimilitudinem habent obligationes aliquæ, vel potiùs obligationum cauſæ, quæ tamen proprio contractûs nomine appellari non poſſunt, eo quòd non interveniat duorum conſenſus realiter, ſed tantùm præſumatur, aut à lege fingatur, aut ſuppleatur, ideo à Juſtiniano dicuntur Quaſi ex contractu naſci: & nobis cum eodem hoc loco ſunt explanandæ.

1102. Solent autem afferri variæ definitiones Quaſi Contractûs in genere, quæ tamen in idem recidunt. Harpprecht definit Negotium,

Digitized by Google

gotium, quoddam quo quis alteri ſine tractatu vel conventione obligatur. Exactior videtur definitio VVilhelmi Ludwel, quòd ſit Tacita ſeu præſumpta conventio, ex qua mediante facto aliquo producitur obligatio.

Referuntur autem à Iuſtiniano in titulo *de oblig. quæ quaſi.* ſex ſpecies (alii duas in unam confundentes dicunt quinque) nempe ſequentes. Prima eſt & præcipua, negotiorum Geſtio. Secunda Tutelæ adminiſtratio. Tertia rerum communio. Quarta (quam alii cum priore confundunt) hæreditatis communio. Quinta hæreditatis aditio. Sexta indebiti ſolutio.

1103. QUÆRITUR, an nulla alia detur obligatio ex quaſi contractu præter has ſex ſpecies. Ratio dubitandi eſt, quia videtur Imperator omnes enumerare voluiſſe, cùm has ſex diſtinctis §§. proponat, ſicut quando actiones bonæ fidei in titulo de actionibus enumerat, ſupponitur præter illas nullas alias dari, quia incluſio unius eſt excluſio alterius.

Reſpondendum tamen eſt, præter has dari plures alias, etſi ab Imperatore non fuerint enumeratæ, fortè quia noluit Iuris Tyronibus niſi frequentiores, & in foro celebriores proponere.

Præter has ergo hujuſmodi eſt communio ſeu confuſio finium, unde datur actio finium regundorum, ſicut *communi dividundo* ex communione bonorum. Item talis eſt detentio rei in qua alius habet intereſſe, unde datur actio ad exhibendum. Item litis conteſtatio ſive judicium acceptum. Item emptio prædii obnoxii retractui, et aliæ plures. quarum aliquas in aliis locis quò ſpectabant tractavimus, alias aliò reſervamus, cæteras hoc loco.

CONTROVERSIA II.

De Obligationibus quæ ex negotiis geſtis oriuntur.

DE hoc exſtat titulus 5. lib. 3. Digeſtorum. & 19. lib. 2. Codicis. & in Inſtitutionibus §. 1. tit. de obligationibus quæ ex quaſi contr:

§. I.

Explicatur ejus Definitio & Natura.

SUMMARIUM.

Definitio Negotiorum Geſtionis. 1104.
Fundatur in præſumpta voluntate. eod.
An ſupponat ignorantiam geſtionis in eo cujus negotium geritur. 1105.
Solvuntur argumenta contraria. eod.
Quænam actio competat ex ſuperveniente ratihabitione. 1106.
An poſſit negotium geri ex neceſſitate cogente. 1107.
Referuntur varii caſus. eod.
An debeat negotiorum geſtor habere opinionem, ſe alterius negotia gerere, & animum ſibi eum obligandi. 1108.
An ſi erratum in perſona, cenſeatur contractum cum exiſtimato, 1109.

1104. NEgotiorum Geſtio eſt Quaſi Contractus, quo quis alterius negotium ad rem familiarem pertinens, ſine mandato gerendum ſuſcepit. Ità Hunnius. quæ definitio mihi magis placet, quam aliorum, qui definitioni inſerunt: *abſentis, & utiliter.* Nam in progreſſu conſtabit, poſſe etiam præſentis, ſed ignorantis, negotium geri, deinde, ut naſcatur directa actio negotiorum geſtorum, non eſt neceſſe, ut utiliter geſſerit, nam & qui inutiliter geſſit, conveniri poteſt.

Fundatur autem hic Quaſi Contractus in præſumpta voluntate, quam quivis prudens ſaltem habitualiter et interpretativè (ut loquuntur Theologi) habet, aut certè habere deberet, ut velit eſſe obligatus illi, qui ſua negotia etiam abſque mandato utiliter gerenda ſuſcipit, quando ipſe ſive per abſentiam ſive per ignorantiam eſt impeditus, quominus vel per ſe vel per alium ea gerere poſſit, ne alioquin, ſi nemo ea gereret, rei familiaris jacturam faceret. Vt ergo Cives allicerentur ad hujuſmodi curam alienorum negotiorum, Iura hunc Quaſi Contractum actionibus firmaverunt: quis enim alioqnin ſe rebus alienis cum periculo propriæ jacturæ immiſceret? præſertim cùm ſtante hoc legum ſubſidio tam pauci ſint, qui fideliter abſentium negotia gerere velint, ut conqueritur Ant. Perez in hunc titulum Codicis n. fin. dicens, plures eſſe qui animo potiùs deprædandi quàm adminiſtrandi ad geſtionem accedunt.

Objici ſolet contra illam definitionis particulam: *Alterius.* Nam poteſt quis gerere negotium hæreditatis jacentis: atqui tunc nullius alterius gerit negotium: neque defuncti, neque hæredis, qui necdum eſt. ℞. Particulam illam Iuris fictione accommodari hæreditati jacenti, tanquam perſonæ fictæ per textum in lege 3. §. 6. *ff. de negot. geſtis. Hæc verba:* ſive quis negotia, quæ cujusque cùm is moritur, fuerint, geſſerit: *de quo fuit neceſſarium edicere, quoniam neque teſtatoris jam defuncti, neque hæredis, qui nondum agit, negotium geſſiſſe videtur.* Itaque quandoquidem hæres poſtea exiſtens fingitur retro hæres fuiſſe ſtatim à tempore mortis, & hæreditas ipſa fingitur repræſentare defunctum, & ſic evadit perſona ficta, jam intelligitur in effectu negotium ipſius hæredis geſtum eſſe, imò & ipſius defuncti.

1105. QVÆ-

1105. QVÆRITVR nunc 1. An Quaſi Contractus Negotiorum geſtorum neceſſariò ſupponat ignorantiam geſtionis in eo cujus negotium geritur. Affirmat Bacchovius in Treutl. & Georg. VVidman. Communior tamen, & Iuri conformior ſententia negat, aſſeritque poſſe abſentis & ſcientis negotia geri absq; eo quòd detur Mandati actio, adeoque ſolùm negotiorum geſtorum actio. Ità Treutlerus, Hunnius, VVurmſerus, aliique apud hunc, niſi quòd malè citet Harpprecht, qui non loquitur de ſciente, ſed de præſente ignorante. Eandem videtur ſupponere Ant. Perez.

Probatur 1. ex lege 2. *ff. h.t.* in qua quaſi à fortiori ſupponitur. [Si quis abſentis negotia geſſerit, licèt ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem ejus impenderit, habeat eo nomine actionem.] Ecce! dum dicit: *licèt ignorantis* indicat, quaſi magis dubium eſſe poſſet de ignorante, quàm de ſciente.

Reſpondet Bacchovius, per hæc verba indicari connexionem & continuationem tituli præcedentis *de Procuratoribus*. Sed hæc eſt admodum frivola reſponſio; nam, præterquam quòd titulus de Procuratoribus non immediatè præcedat titulum de Negotiis geſtis, cùm iſte ſit quintus, ille verò tertius, Auctor legis ſecundæ, nempe Gaius IC. non ordinavit titulos Digeſtorum, quia non fuit unus ex Compilatoribus. Deinde in Inſtitutionibus §. 1. *tit. cit.* nulla fit talis connexio aut continuatio, & tamen ponitur particula *etiam*. quæ eandem ſignificationem habet, ac illa *Licet*. ibi. *Ex qua cauſa ij, quorum negotia geſta fuerint, etiam ignorantes obligantur.* Itaque hæ particulæ ſunt implicativæ, ſeu extenſivæ.

Objicit Bacchovius legem 5. pr. ff. de O. & A. Verùm lex non loquitur de ignorante, ſed de abſente, abſentia autem non excludit ſcientiam. poterat enim negotiorum geſtor abſenti ſignificâſſe, ſe ipſius negotia velle gerere ex præſumpta illius voluntate. verba ſunt: *Neque enim is qui geſſit, cum abſente creditur aliè contraxiſſe.* Idem reſpondetur ad legem 20. §. 1. ff. Mandati. ſic enim habet. [Fidejuſſori negotiorum geſtorum eſt actio, ſi pro abſente fidejuſſit: nam mandati actio non poteſt competere, cùm non anteceſſerit mandatum.]

Objicitur 2. Ad actionem mandati ſufficit mandatum tacitum, ut ſuo loco dictum eſt. atqui mandatum tacitum habetur, quando altero ſciente negotium geritur. Ergo. ℞. Diſtinguendo minorem. quando geritur altero ſciente, & non contradicente, cùm contradicere poſſet; & quando hoc ſilentium eſt cauſa influens in voluntatem alterius, eùmque movens ad agendum, concedo, ſecùs nego. & hoc ſibi vult Vlpianus in lege 6. §. 2. *ff. mandati.* [Si paſſus ſim aliquem pro me fidejubere, vel aliàs intervenire, mandati teneor; & niſi pro invito quis interceſſerit, aut donandi animo, aut negotium gerens, erit mandati actio.] Vnde veriſſimè dixit Ferd. Vaſquius Illuſt. contr. *lib.* 2. *c.* 15. *n.* 6. quòd ſi Dominus mandatum non notum fecit per ſe, vel per alium, ceſſet mandati actio.

1106. QUÆRITUR 2. Quænam actio competat, ſi superveniat Ratihabitio ejus, quod geſtum eſt. Reſponderi communiter ſolet cum diſtinctione. Si enim ſuperveniat Ratihabitio, abſoluto jam negotio, conveniet actio negotiorum geſtorum: ſi verò durante negotio, conveniet actio mandati. Antonius Perez absque diſtinctione putat utramque actionem concurrere, quia Ratihabitio mandato comparatur. Et hìc ipſe videtur eſſe ſenſus regulæ 60. *ff. de R. I. Sed etſi quis ratum habuerit, quod geſtum eſt, obſtringitur mandati actione.*

1107. QUÆRITUR 3. An Quaſi Contractus negotiorum geſtorum ſemper debeat eſſe ſpontaneus, vel poſſit eſſe ex neceſſitate cogente. ℞. Poſſe etiam eſſe neceſſarium, urgente neceſſitate, vel neceſſitatis ſuſpicione. *l.* 3. §. 10. *ff. h. t.* [Hac actione tenetur non ſolùm is qui ſponte & nullâ neceſſitate cogente immiſcuit ſe negotiis alienis, & ea geſſit, verùm, & is qui aliquâ neceſſitate, vel neceſſitatis ſuſpicione geſſit.]

In quibus autem caſibus id fiat, eſt controverſum, & imprimis:

DUBITATUR, an is qui à Iudice conſtitutus eſt executor ſententiæ, hujusmodi obligationem contrahat reſpectu victoris, in cujus favorem exequitur, item reſpectu debitoris, contra quem ſententiam exequitur. Negat Faber, ſed de priore eſt affirmandum, & negandum de ſecundo. De priore habetur lege 3. *cit.* §. 8. *Si executor à Pretore in negotio meo datus, dolum mihi fecerit, dabitur mihi adversùs eum actio.* Qui textus cùm ponatur ſub rubrica *de negotiis geſtis*: ineptè Faber interpretatur, de actione *de Dolo*: de qua non potuiſſet eſſe dubium, ſi non daretur actio ordinaria. De ſecundo ſeu de victo & debitore accipienda eſt lex 50. *ff. de evictlon.* [Si pignora veneant per apparitores Prætoris extra ordinem ſententias ſequentes, nemo unquam dixit, dandam in eos actionem re evictâ: ſed ſi dolo rem viliore pretio projecerunt, tunc de dolo actio datur adversùs eos Domino rei.] Cùm ergo actio de dolo ſit ſubſidiaria, ſupponitur, non dari actionem negotiorum geſtorum. Et ratio eſt, quia in debitore, contra quem invitum fit executio, non poteſt præſumi conſenſus in executionem.

Secundus caſus eſt, quando quis Mandatarius eſt Tutoris, & deinde vi mandati jam conſtitutus debet pupilli negotia gerere, contrahit ex neceſſitate reſpectu pupilli obligationē ex quaſi Contractu. *l.* 4. *C. h. t.* [Qui pupillæ negotia tutoris mandatu ſuſcepit, pro tutore negotia non vi-

detur geſſiſſe, ſed negotiorum geſtorum actione pupillæ tenebitur.]

Tertius caſus eſt, quando quis cœpit ſponte gerere negotia poſthumi, qui tamen deinde non eſt natus, cogitur geſtionem continuare: in quo tamen caſu variare videntur leges, quæ ut concilientur, dicunt Interpretes, dari quidem actionem utilem, ſed non directam. Dari ſaltèm utilem probatur ex *lege 29. ff. h. t.* [Dum pater teſtamento poſthumo tutorem dederit, iſque tutelam interim adminiſtraverit, nec poſthumus natus fuerit, cum eo non tutelæ, ſed negotiorum geſtorum erit agendum. Quodſi natus fuerit poſthumus, tutelæ erit actio, & in eam utrumque tempus veniet, & quo antequam naſceretur infans, & quo poſtquam natus eſt.] Quòd autem non detur Directa actio, probatur ex lege penult. *De tutelæ & rationibus diſtrah.* [Poſthumo tutor datus, non nato poſthumo, neque tutelæ, quia nullus pupillus eſt, neque pro tutore, quia nulla ſignificatio eſt, neque negotiorum geſtorum judicio tenetur, quia adminiſtrâſſe negotia ejus, quia natus non eſſet, non videtur.]

Quartus caſus eſt, quando quis bonâ fide putat ſibi incumbere tutoris officium, & illud gerit, dicitúrque neceſſitatis ſuſpicione ſeu opinione geſſiſſe. *l. 1. §. 6. ff. de eo qui pro tutore.* [Si quis quaſi tutor negotia geſſerit ejus, qui jam pubes eſt, tutelæ actio ceſſat: ſimili modo & ſi ejus qui nondum natus eſt, &c. ſed erit negotiorum geſtorum actio.] Item ſi homo liber arbitratus ſe ſervum ejus qui res quaſdam mandat, & ſe agere ut ſervum, quandoquidem non conſentit in contractum mandati, ſaltèm quaſi contractum facit. *l. 6. §. 5. ff. h. t. Si quis quaſi ſervus meus negotium meum geſſerit, cùm eſſet vel libertus, vel ingenuus, dabitur negotiorum geſtorum actio.*

1108. QUÆRITUR 4. An de Conceptu hujus Quaſi-Contractus ſit, ut negotiorum geſtor habeat opinionem, ſe alterius negotia gerere, animúmque eum ſibi obligandi. ℞. Affirmativè. Nam in hoc conſiſtit ille conſenſus in agente, cui præſumptus conſenſus reſpondet in altero. Unde ſi quis in domum alienam, quam putat eſſe ſuam, impenſas neceſſarias fecerit, non gaudet actione negotiorum geſtorum, caſu quo domus evincatur, ſed ſolùm gaudet Iure retentionis, donec expenſæ ſolvantur, & exceptione doli, ut alibi dictum eſt.

1109. QUÆRITUR 5. Si quis geſſiſſet negotia Pauli, putans eſſe negotia Petri, an cenſeatur Quaſi-Contractus initus cum Paulo. ℞. Affirmativè. *l. 5. §. 1. ff. h. t.* [Sed & ſi cùm putavi Titii negotia eſſe, cùm eſſent Sempronii, ea geſſi: ſolus Sempronius mihi actione negotiorum geſtorum tenetur.] Ratio eſt, quia primaria intentio eſt, gerere negotia illius, & eum ſibi obligare, cujus illud negotium eſt, quicunque ille ſit. Sic etiam, qui putaret, ſe mandato teneri, cùm non teneatur, erit negotiorum geſtor, ut habetur eâdem lege. [Item ſi, cùm putavi, à te mihi mandatum, negotia geſſi, & hîc naſcitur negotiorum geſtorum actio, ceſſante mandati actione.]

§. II.

De Actionibus ex hoc Quaſi-Contractu deſcendentibus.

SUMMARIUM.

Naſcitur inde Actio directa & contraria. 1110.
An contrariæ actioni locus ſit, quandoquidem nullam culpam admiſit negotiorum geſtor, ſed caſu omnis utilitas everſa eſt. 1111.
Quidſi negotium reverà alteri non ſit gratum. 1112.
Quidſi uno geſto reliqua non geruntur negotia. 1113.
Si unus gerentium non eſt ſolvendo, an periculum ſpectet ad alterum, vel ad hæredes. 1114.
An exſtent Iuris præſumptiones pro vel contra negotiorum geſtorem. 1115.
Referuntur 4. præſumptiones Iuris. eod.

1110. DICENDUM eſt, naſci duplicem actionem, Directam, & Contrariam. §. 1. Inſt. h. t. [Igitur cùm quis negotia abſentis geſſerit, ultro citroque inter eos naſcuntur actiones, quæ appellantur negotiorum geſtorum. Sed Domino quidem Rei geſtæ adverſùm eum qui geſſit, directa competit actio, negotiorum autem geſtori contraria, quas ex nullo contractu propriè naſci manifeſtum.] Idem habetur *l. 5. pr. ff. de Ob. & Act.*

Directâ actione petitur à negotiorum geſtore, ut adminiſtrationis ſuæ rationem reddat, & ſi quid fortè ad eum pervenit, ex æquo, & bono præſtet, & ſi quod damnum ex ipſius negligentia, culpa, dolo datum eſt, reſarciat. Quo ſenſu dixi ſuprà dari hanc actionem etiam quando ipſius adminiſtratio non fuit utilis, & expediens.

Contrariâ actione petit Negotiorum geſtor, ut ratione negotii utiliter geſti (quantùm in ſe erat) indemnis ſervetur. Habentur hæc in *lege 2. ff. h. t.* [Et ſanè ſicut æquum eſt, ipſum actûs ſui rationem reddere, & eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit, geſſit, vel ex his negotiis retinet, ità ex diverſo juſtum eſt, ſi utiliter geſſit, præſtari ei, quidquid eo nomine vel abeſt ei, vel abfuturum eſt.]

1111. QUÆRITUR 1. An contrariæ actioni locus ſit, quando quidem nullam culpam aut negligentiam admiſit negotii geſtor, ſed caſu fortuito omnis utilitas everſa eſt. ℞. Affirmativè. l. 10. §. 1. ff. h. t. [Is autem qui negotiorum geſtorum agit, non ſolùm ſi effectum habuit negotium, quod geſſit, actione iſtâ utetur, ſed ſufficit, ſi utiliter geſſit, etſi effectum non habuit negotium: & ideo ſi Inſulam fulſit, vel ſervum

ægrum

ægrum curavit, etiamſi Inſula exuſta eſt, vel ſervus obiit, aget negotiorum geſtorum.] Excipitur tamen pupillus, qui non poteſt conveniri, niſi in quantum ex negotiorum geſtione locupletior factus eſt. *l. 2. C. h. t.* [Contra impuberes quoque, ſi negotia eorum urgentibus neceſſitatis rationibus utiliter gerantur, in quantùm locupletiores facti ſunt, dandam actionem, ex utilitate illorum receptum eſt.]

1112. QVÆRITVR 2. Si quis tale negotium gerit, quod quidem putat fore gratum alteri, ſed in rei veritate non eſt gratum, quia alter hoc non deſiderat, ſed mavult rem non curari, v. g. habet Inſulam, quam vult eſſe derelictam, nec fulciri, an ſi alius bonâ fide fulciat, habeat actionem, quâ expenſas repetere poſſit. Reſpondetur in eadem lege & §. negativè, in fine. [Ego quæro (*inquit Vlpianus*) quid ſi putavit, ſe utiliter facere, ſed patrifamilias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum geſtorum actionem: ut enim eventum non ſpectamus, debet utiliter eſſe cœptum.] Ratio eſt, quia deeſt alterius conſenſus etiam præſumptus, ſeu interpretativus, hoc eſt, ſi fuiſſet interrogatus, poſitivè recuſâſſet. Cenſeo tamen, quod illi incumbat onus probandi talem animum.

1113. QVÆRITVR 3. An directæ actioni locus ſit, quando negotiorum geſtor unum quidem negotium cum omnibus ad id ſpectantibus abſolvit, ſed alia ejuſdem non gerit, an ad hæc gerenda cogi poſſit. Ratio dubitandi & aſſerendi eſſe poſſet, quia tutor v. g. tenetur omnia negotia pupilli gerere, ſi ſemel cœpit tutelam adminiſtrare. Nihilominus negativè reſpondendum eſt per legem 20. *C. h. t.* [Tutori vel Curatori ſimilis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum ſpontè gerit, quippe ſuperioribus quidem neceſſitas muneris adminiſtrationis finem, huic autem propria voluntas facit, ac ſatis abundeque ſufficit, ſi cui, vel in paucis amici labore conſulatur.] Verùm, hoc eſt intelligendum, per ſe loquendo. Nam per accidens fieri poteſt, ut etiam ad alia obligetur, ſi unum aggreſſus eſt, nempe ſi alius fuiſſet ſuſcepturus etiam alia negotia, ſed quia vidit, hunc unum aggreſſum, abſtinuit, & hoc negotiorum geſtori conſtabat. *l. 6. §. 12. ff. h. t.* [Videamus in perſona ejus qui negotia adminiſtrat, ſi quædam geſſit, quædam non, contemplatione tamen ejus alius ad hæc non acceſſit, & ſi vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea geſturus fuit: an dici debeat, negotiorum geſtorum eum teneri etiam propter ea quæ non geſſit? quod puto verius.]

1114. QUÆRITUR 4. Si plures alicuius negotium geſſerunt, v. g. bona hæreditaria ſecundùm diverſas ſinguli partes adminiſtrârunt deinde unus illorum non eſt ſolvendo, an periculum ſpectet ad alterum geſtorem, vel ad hæredem. ℞. Spectare ad hæredem. Ità reſolvitur in caſu legis 26. *ff. h. t.* ibi. [Quæro, ſi Sempronius (hæres) conveniet actore, horum bonorum, periculum inopis defuncti ad quos pertinet? Herennius Modeſtinus reſpondit, quod ab uno ex actoribus ob ea quæ ſolus geſſit negotiorum geſtorum actione ſervari non poteſt, ad damnum ejus, cui legitima hæreditas quæſita eſt, pertinere.]

1115. QUÆRITUR 5. An exſtent aliquæ Iuris præſumptiones contra vel pro quibuſdam perſonis, quòd noluerint, vel voluerint ſibi actione contrariâ teneri illos, quorum negotia geſſerunt. ℞. Exſtare hujusmodi præſumptiones circa perſonas ſpecialiter conjunctas.

Imprimis talis præſumptio exſtat adversùs vitricum, niſi contrarium proteſtatus ſit, in lege 15. *C. h. t.* [Si paterno affectu privignas tuas aluiſti, ſeu mercedes pro his aliquas Magiſtris expendiſti, ejus erogationis tibi nulla repetitio eſt. Quòdſi ut repetiturus ea quæ in ſumptum miſiſti, aliquid erogâſti, negotiorum geſtorum tibi intentanda eſt actio.] Eliditur tamen hæc præſumptio contrariâ præſumptione Iuris, ſi vitricus bona privigni adminiſtravit, vel in rationes intulit. arg. legis 34. *ff. h. t.* ubi hoc de avia dicitur. ibi. *At in propoſito aviam, quæ negotia adminiſtrabat, veriſimile eſſe de re ipſius nepotis eum aluiſſe.* & infrà. [Igitur in re facti facilius puiabo aviam vel hæredes ejus audiendos, ſi reputare velint alimenta: maximè ſi etiam in rationem expenſarum ea retuliſſe aviam apparebit.] Quod ipſum tamen iterum meritò à DD. limitatur, niſi privignus operas quotidianas præſtitiſſet.

Secundò, exſtat hujusmodi præſumptio adversùs maritum in lege 13. *C. h. t.* [Quod in uxorem tuam ægram erogâſti, non à Socero repetere, ſed affectioni tuæ debes expendere. In funus ſanè ejus, ſi quid eo nomine quaſi recepturus erogâſti, patrem ad quem dos rediit, Iure convenis.]

Tertiò, exſtat præſumptio in favorem fratris in lege 16. C. eod. [Si negotium ſororis tuæ gerens pro eâ tributa ſolviſti, vel mandante eâ, vel rogante feciſti, negotiorum geſtorum actione, vel mandati repetere poteris.] Item in lege 3. C. eod. [Sive pro fratre Cohærede pecuniam ſolviſti, negotiorum geſtorum actione experiri potes. ſive pignoris liberandi gratiâ debitum univerſum ſolvere coactus es, actionem eandem habebis.]

Quartò, exſtat præſumptio in lege 12. *C. h. t.* [Si filius pro patre ſuo debitum ſolverit, nullam actionem ob eam ſolutionem habet, ſive in poteſtate patris, cùm ſolveret, fuerit, ſive ſui juris conſtitutus, ſi NB. donandi animo pecuniam dedit. Si igitur Pater tuus ſui juris conſtitutus pro patre ſuo negotia gerens, non præcedente mandato debitum ejus ſolvit, negotiorum geſtorum agere cum patruls tuis poteſt.] Ex qua lege infert Hunnius, in dubio præſumptionem eſſe

pro filio contra patrem, quòd impenſæ non ſint donandi animo factæ: quia probandum eſt patruis, quòd donandi animo fecerit: ergo ſi non probetur, erit contraria præſumptio. Contrarium præſumendum eſſe tradit Bartolus & Surdus rela i à Treutlero, ſed levi fundamento; nempe quòd Correlativorum eadem debeat eſſe natura, & conſtitutio. hoc enim in noſtro caſu non procedit, quia eſt diverſa ratio horum correlativorum, non enim pari neceſſitate aſtringuntur filii parentibus, quâ parentes filiis, præſertim quando jam exſtant nepotes, ut in caſu fit.

§. III.

Ex qua culpa teneatur negotiorum geſtor.

SUMMARIUM.

Verior ſententia diſtinguit, an fuerit alius qui geſſiſſet. 1116.
Regulariter caſus fortuitus ad negotii dominum ſpectat. eod.
Excipiuntur ſex caſus. 1117.
Quid per inſolita negotia intelligatur. 1118.
Iuſſus gerere tantùm de dolo tenetur. eod.

1116. IN hac quæſtione graviſſimè diſſentiunt Interpretes.

Prima & valdè communis eſt ſententia, quòd non teneatur de leviſſima, ſed tamen teneatur de lata & levi.

Secunda opinio eſt, quòd regulariter teneatur de culpa leviſſima. Vtriuſque ſententiæ AA. refert ad longum Harpprecht, qui hanc ſecundam ſequitur.

Tertia ſententia mediam viam ingreditur, & æquitatem magis aſſequitur, mihi que magis placet. Itaque diſtinguendum eſt. Vel negotia alterius ita erant deſerta, ut præter me nemo alius fuiſſet illa geſturus; & hoc caſu tenebor ſolùm de culpa lata. Vel fuit alius, qui geſturus fuiſſet, & iterum diſtinguendum eſt. Si enim is alius fuiſſet ſummam diligentiam adhibiturus, tunc tenebor & ego ad ſummam diligentiam, ſi negotia gerenda ſuſcepi illo excluſo, adeoque tenebor de culpa leviſſima. Si verò ille alius non fuiſſet futurus diligentiſſimus, tenebor ſolùm de culpa levi. Ità P. Molina, & ex Iuriſtis Ant. Perez, & Georg. VVidman, nec reipsâ diſſentit VVurmſerus tit. 28. c. 1. Et ità etiam leges interpretatur gloſſa in *lege* 11. *ff. h. t.* eandem expreſsè tenet Collegium Argentoratenſe. à n. 25.

Prima pars Concluſionis probatur ex lege 3. §. 9. *ff. h. t.* [Interdum in negotiorum geſtorum actione Labeo ſcribit, dolum ſolummodo verſari. Nam ſi affectione coactus ne bona mea diſtrahantur, negotiis te meis obtuleris, æquiſſimum eſſe, dolum duntaxat te præſtare, quæ ſententia habet æquitatem.] In qua lege ſub Dolo venit etiam lata culpa, quæ dolo æquiparatur in Civilibus non irrogantibus infamiam. Deinde advertendum eſt, quòd Labeonis ſententia dicatur æquitati conformis. & meritò: nam in caſu, quo alterius negotia penitus derelicta ſunt, niſi ego ſuſcipiam, ſanè merebor gratiarum actionem, ſi abſque dolo & negligentia illa curem, eámque ſaltem diligentiam adhibeam, quâ latam culpam excludam, quandoquidem nullo jure teneor negotium ſuſcipere, nec in eo gerendo meum intereſſe verſatur.

Secunda pars concluſionis probatur, in primis ex §. 1. Inſt. tit. cit. propè finem. [Quo caſu ad exactiſſimam quiſque diligentiam compellitur reddere rationem: nec ſufficit talem diligentiam adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet, ſi modò NB. alius diligentior eo commodiùs adminiſtraturus eſſet negotia.]

Tertia pars concluſionis probatur ex Regula Iuris 23. ubi inter illos contractus qui culpam levem præſtant, etiam negotiorum geſtio refertur. Et quidem regulariter loquendo ſolùm de culpa levi teneri, ſupponitur in lege 20. *C. h. t.* ibi. [Secundùm quæ ſuper his quidem, quæ nec tutor nec curator conſtitutus ultro quis adminiſtravit, cùm non tantùm dolum & latam culpam, ſed & levem præſtare neceſſe habeat.] adde legem 11. *ff. h. t.* *Si negotia abſentis & ignorantis geras, & culpam & dolum præſtare debes.* Ratio eſt, quia niſi contrarium probetur, regulariter præſumi poteſt, futurum fuiſſe alium amicum, qui ſaltem communem diligentiam iiſdem negotiis exhibuiſſet. Sanè, quia negotiorum geſtori communiter non poteſt conſtare, an non eſſet futurus alius, qui communem diligentiam adhiberet, adeoque ipſe primus ſe offert, & quantùm in ſe eſt, alios prævertit, cenſetur ſe velle obligare ad levem culpam præſtandam.

Objici poſſet lex 24. *C. de Vſuris.* [Si mater tua major annis conſtituta, negotia quæ ad te pertinent, geſſerit, cùm omnem diligentiam præſtare debeat, uſuras pecuniæ tuæ quam adminiſtraſſe fuerit comprobata, præſtare compelli poteſt.] Ergo requiritur omnis diligentia, adeoque exactiſſima. R. In hac lege per omnem diligentiam intelligi illam, quæ ex natura rei & negotii exigitur, ità ut ſi non exhiberetur, negligentia potius argueretur, qualem committeret, qui adminiſtrans pecunias eas otioſas relinqueret.

Ex dictis à fortiori conſtat, regulariter loquendo caſum ſortuitum & damnum ex eo ſecutum, non ad negotiorum geſtorem, ſed ad negotii dominum ſpectare. Quamvis aliquando contrarium dicendum ſit, & habetur exceptio in lege 11. *ff. h. t.* ibi. [Veluti ſi novum negotium, quod non ſit ſolitus abſens facere, tu nomine ejus geras: veluti venales novitios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo: nam ſi quod dam-

damnum ex ea re ſecutum fuerit, te ſequetur, lucrum verò abſentem: quodſi in quibuſdam lucrum factum fuerit, in quibuſdam damnum, abſeus penſare lucrum cum damno debet.]

1117. Cæterùm, gloſſa in hanc legẽ recenſet ſex caſus, in quibus ad negotiorum geſtorem ſpectat caſus fortuitus. 1. Si geſſit negotia pupilli loco alterius, tunc enim reſpectu pupilli caſus fortuitus ad geſtorem ſpectat, per legem 6. *ff. h. t.* [*Si* pupilli tui negotia geſſero, non mandatu tuo, ſed ne tutelæ judicio teneatis, negotiorum geſtorum te habebo obligatum, ſed & pupillum, modò ſi locupletior fuerit factus.] unde ſubſumitur: atqui per inſortunium pupillus non fit locupletior: ergo non ad pupillum ſpectat. 2. Si acceſſit animo deprædandi, *lege cit.* §. 3. [Sed & ſi quis negotia mea geſſit, non mei contemplatione, ſed ſui lucri cauſâ, &c. non in id quod ei abeſt, quia improbè ad negotia mea acceſſit, ſed in id quod ego locupletior factus ſum, habet contra me actionem.] 3. Si ad nova & inſolita negotia acceſſerit, ut in lege 11. jam recitata. 4. Si caſum in ſe ſpecialiter recepit, ut ſupponitur in lege 22. *C. h. t.* [Negotium gerentes alienum, non interveniente pacto ſpeciali, caſum fortuitum præſtare non compelluntur.] 5. Si culpa præceſſit, unde caſus ſecutus eſt; *l.* 22. *ff. h. t.* ibi. [Sed ità ſcilicet hoc dici poteſt, ſi ipſa ruina vel incendium ſine vitio ejus acciderit; nam cùm propter ipſam ruinam aut incendium damnandus ſit, abſurdum eſt, cum iſtarum rerum nomine, quæ ità conſumptæ ſunt, quidquam conſequi.] 6. Si fuit in mora ſolvendi, & inde caſus fortuitus ſecutus eſt. *l.* 13. *ff. h. t.* ibi. [Julianus ſcribit, in eo verti quæſtionem, ut animadvertamus, an juſtam cauſam habuerim ſeponendorum centum: nam ſi deduerim ſolvere, periculum me præſtaturum.]

1118. Circa tertium caſum quæres, quid per Inſolita negotia intelligatur. R. Intelligi illa negotia, quæ non fuiſſet curaturus ille cujus negotium geritur. v. g. ille non emiſſet mancipia, aut equos: unde ſi quia loco alterius non empturi, etiamſi præſens eſſet, emiſſet, & hæc caſu fortuito perirent, damnum eſſet emptoris.

Specialiter de dolo tantùm tenetur is qui à Prætore juſſus negotium alterius geſſit in executione. *l.* 3. §. 8. *ff. h. t.* quem §. jam ſuprà attuli.

CONTROVERSIA III.

De Quaſi Contractu inter Tutorem & Pupillum ratione adminiſtratæ Tutelæ

Tutela ipſa ſeu officium & Jus quod habet Tutor, neque eſt Contractus, neque quaſi Contractus, quia eſt Vis ſeu Poteſtas, ut definita eſt to. 1. tract. 4. c. 4. ubi de Tutela ex profeſſo actum aſt. Hoc ergo loco nihil ſuperaddendum alicuius momenti occurrit. Itaque ipſa adminiſtratio eſt Quaſi contractus, de quo eſt §. 2. *I. De oblig. quæ quaſi.* De actionibus ergo tam pupillo adverſus tutorem, quàm tutori adverſus pupillum, actum eſt loco citato Contr. 8. De culpa levi, non item leviſſima à Tutore præſtanda, ibid. dictum eſt contr. 5. q. 7. ad quæ loca lectorem remitto.

CONTROVERSIA IV.

De Quaſi Contractu ex Rerum ſingularium communione.

SUMMARIUM.

Quinam incidant in communionem rerum ſingularium. 1119.

Actio Communi dividundo. 1120.

An detur etiam alteri non incidenti in communionem. 1121.

Si conſorti alter ſuam partem obligavit, an poſſit agere ad diviſionem. 1122.

Si conſors ſuam partem creditori obligavit, & tradidit, contra quem eſt alteri ad diviſionem agendum. 1123.

1119. De hac Imperator §. 3. ſic loquitur. [Item ſi inter aliquos communis res ſit ſine ſocietate, veluti quòd pariter eis legata, donatáve eſſet, & alter eorum alteri ideo teneatur comuni dividundo judicio, quòd ſolus fructus ex ea re perceperit, aut quòd ſocius ejus ſolus in eam rem neceſſarias impenſas fecerit, non intelligitur ex contractu propriè obligatus eſſe, quippe nihil inter ſe contraxerunt, ſed quia ex maleficio non tenetur, quaſi ex contractu teneri videtur.]

Itaq; ex rerum communione illi qui præter conſenſum, qui alioquin ad contrahendam ſocietatem requiritur, in hujuſmodi communionem rerum ſingularium incidunt, obligantur ex quaſi contractu ad res communes ſibi invicem præſtandas.

1120. Ex hoc Quaſi Contractu naſcitur actio, quæ dicitur: *Communi dividundo*, quam di-

 ci

a110. 1. tract. 2. cap. 1. contr. 2. §. 7. eſſe actionem mixtam, hoc eſt perſonalem in rem ſcriptam. Hæc porro actio convenit æqualiter illis, inter quos eſt quaſi contractus, quia nulla eſt diſparitas inter illos, ob quam uni conveniat directa, & alteri contraria, ut videre licet per totum titulum Digeſtorum communi dividundo.

Tendit hæc actio ad diviſionem rei communis, ad præſtationem fructuum perceptorum, impenſarum, & ejus q[...] [...]ſe dolo vel culpâ latâ aut levi in re communi [...]ſ[...]dum eſt, *l. 3. ff. h. t.* [In communi dividun[d]o judicio nihil pervenit ultra diviſionem rer[um] ipſarum, quæ communes ſint, & ſi quid in h[i]s damni datum factumve eſt, ſive quid eo n[o]mine aut abeſt alicui ſociorum, aut ad eum per[v]enit ea re communi.]

De differentiis hujus actionis ab actione Familiæ Erciſcundæ, meliùs dicetur Controv. ſequente. Nunc

1121. QVÆRITVR 1. Vtrum hæc actio nulli alteri detur, quàm qui in rei veritate eſt ſocius, & incidens in communionem. ℞. dari etiam illi, qui putat ſe eſſe ſocium cùm tamen non ampliùs ſit, ſed alius illi ſucceſſit. non quidem ut tendat ad rei diviſionem, ſed ad ſumptuum & damnorum diviſionem. *l. 6. pr. ff. h. t.* [Si quis putans ſibi cum Titio fundum communem eſſe, fructus perceperit, vel ſumptum fecerit, cùm eſſet cum alio communis, agi poterit utili communi dividundo judicio.] Cujus legis hunc ſenſum ponit gloſſa. Habebam rem communem cum Titio patre, & credebam eam habere communem cum Cajo filio; unde fructus percepi, vel ſumptus feci, poſſum agere cum Titio patre cum quo res eſt communis, qui alienavit partem ſuam, & ſic à communione diſceſſit. Et ità habetur §. 1. [Quare etſi Fundum Titius alienaverit, licèt hìc communi dividundo locus non ſit, quia à communione diſceſſum eſt, utili tamen locum futurum, quod datur de præſtationibus, quoties communis eſſe deſiit.] Deinde etiam datur bonæ fidei poſſeſſori *l. 7. §. 2. ff. h. t.* ***Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo poſſunt judicium exercere.***

1122. QUÆRITUR 2. Si conſors conſorti ſuam partem oppignoravit, an poſſit agere ad diviſionem. ℞. Non poſſe, durante obligatione pignoris, & creditore reſiſtente. *l. 6. § 9. ff eod.* [Idem Julianus ſcribit, ſi is, cum quo ſervum communem habebam, partem ſuam mihi pignori dederit, & communi dividundo agere cæperit, pignoratitiâ exceptione ſubmoveri debere: ſed ſi exceptione uſus non fuero, officium judicis erit, ut cùm debitori totum hominem adjudicaverit, partis æſtimatione eum condemnet, manere enim integrum jus pignoris. Quodſi adjudicaverit mihi: tanti duntaxat me condemnet, quantò pluris pignus ſit, quàm pecunia tradita, & debitorem jubeat à me liberari.]

1123. QUÆRITUR 3. Si conſors ſuam partem creditori oppignoravit, qui poſſideat, contra quem ad diviſionem agendum ſit. Reſpondet poſt Fabrum Schneidewein, poſſe contra utrumque agi. Et quidem contra creditorem poſſeſſorem per *leg. 7. §. 13. ff. eod.* ubi ſocius provocat ad diviſionem creditorem, cui alter ſocius ſuam partem obligavit. ibi: *& à domino alterius partis provocatus creditor ejus.* Quòd autem etiam contra conſortem poſſit agi, ſupponitur in lege 6. §. 8. [Si fundus communis nobis ſit, ſed pignori datus à me, venit quidem in communi dividundo, ſed jus pignoris creditori manebit, &c.]

CONTROVERSIA V.

De Quaſi Contractu ex Hæreditatis communione.

SUMMARIVM.

IN quibus conveniat actio Familiæ Erciſcundæ *cum actione communi dividundo.* 1124.
Quibuſnam hæc actio competat. 1125.
An hæc actio detur contra quemcunque poſſeſſorem. eod.
An exceptio Præpoſterationis ſemper competat illi, qui negat actorem eſſe heredem.
An hac actione etiam debita hereditaria ſint dividenda. 1127.
An præſcribatur triginta annis. 1128.
Quomodo intelligendum, quòd nemo invitus teneatur in communione manere. 1129.
Solvuntur argumenta contraria. eod.
An ipſo facto à communione aliquando recedatur. 1130.
An provocans ad judicium diviſorium, hoc ipſo fateatur alterum cohæredem. 1131.

1124. HIc quaſi contractus eſt ſimilis priori, unde & Iuſtinianus ait §. 4. [Idem Iuris eſt de eo, qui cohæredi familiæ Erciſcundæ judicio ex his cauſis obligatus eſt.] Hoc ergo Quaſicontractu duo pluresve ejusdem defuncti hæredes ſibi invicem ad diviſionem hæreditatis & præſtationes perſonales obligantur, & inde datur actio Familiæ Erciſcundæ, hoc eſt, rerum hæreditariarum dividendarum.

Conveniunt ergo hæc actio & actio communi dividundo in plurimis, quæ ex dictis conſtant: & inſuper in modo diviſionis faciendæ. Quando enim res commodè non poſſunt realiter dividi, tunc Iudex ex officio poterit uni eas adjudicare, gravando ſimul, ut ſolvat pecuniam alteri, ut habetur lege 3. *C. communi dividundo.* Adhibetur autem licitatio, ità ut res adjudicetur illi, qui conſorti plus pecuniæ offert: quodſi

æquale

æquale offerunt, res committitur ſorti, niſi unus plus in re Iuris haberet.

Differunt autem hæ actiones. 1. Actio familiæ Erciſcundæ eſt univerſalis, hoc eſt, competens pro terum univerſitate: communi dividundo eſt de rebus particularibus. 2. Actio fam. erciſc. regulariter tantùm ſemel intentari poteſt; communi dividundo ſæpiùs. & quidem ſi in priore alicujus diviſio prætermiſſa eſt, dividetur per ſecundam, h.e. communi dividundo. *l.* 20. §. 4. *ff. h. t.* [Familiæ erciſcundæ judicium ampliùs quàm ſemel agi non poteſt, niſi causâ cognitâ: quodſi quædam indiviſæ relictæ ſunt, communi dividundo de his agi poteſt.]

1125. QUÆRITVR 1. Quibusnam hæc actio competat. ℞. Directa competit ſolis hæredibus Iure civili talibus, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato. Debent tamen priùs in hoc convenire, quòd omnes ſint hæredes, alioquin erit præjudicialiter cognoſcendum, an ſit hæres ille, quem cæteri negant eſſe, & qui non poſſidet. *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* [Quæ quidem actio nihilominus ei quoque ipſo Iure competit, qui ſuam partem non poſſidet; ſed ſi is qui poſſidet, neget eum ſibi cohæredem eſſe, poteſt eum excludere per hanc exceptionem: *ſi in ea re, qua de agitur, præjudicium non fiat.* Quodſi poſſideat eam partem, licèt negetur eſſe cohæres, non nocet talis exceptio: quo fit, ut eo caſu ipſe Judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoſcat, an cohæres ſit: niſi enim cohæres ſit, neque adjudicari quidquam ei oportet, neque adverſarius ei condemnandus eſt.] Eadem directa, & non tantùm utilis datur bonorum poſſeſſoribus jure prætorio, & Fideicommiſſariis. *l.* 24. §. 1. *ff. h. t.* [Familiæ Erciſcundæ judicium & inter bonorum poſſeſſores, & inter eum cui reſtituta eſt hæreditas ex Treb. SCto, & cæteros honoratos ſucceſſores locum habet.] Arrogato ſine cauſa emancipato datur pro conſequenda quarta utilis actio. *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* Ex quo etiam colligitur, bonorum poſſeſſori competere directam. [Si quarta ad aliquem ex conſtitutione D. Pii arrogatum deferatur, quia hic neque hæres, neque bonorum poſſeſſor ſit, utile erit familiæ erciſcundæ judicium neceſſarium.] Ex qua lege videtur inferendum, fideicommiſſario, qui propriè hæres non eſt, ſolùm utilem actionem accommodari. quod ipſum etiam de bonorum poſſeſſore multi affirmant, ſed hæc eſt lis parvi momenti.

QUÆRITUR. 2. An hæc actio detur adversùs quemcunque poſſeſſorem. Ratio dubitandi eſt, quia eſt actio mixta, & in rem ſcripta. Reſpondendum tamen eſt negativè, adeoque inter ſolos cohæredes locum habere, etiam quando non poſſident. *l.* 25. §. 2. *eod. Quantùm verò ad accipiendum familiæ erciſcundæ judicium nihil intereſt, poſſideat quis hæreditatem nec ne.*

1126. QUÆRITUR 3. An Exceptio Præpoſterationis ſemper competat illi, qui neget actorem eſſe hæredem, hoc eſt, an illum repellere poſſit, excipiendo, quòd antequam fiat diviſio, debeat docere ſe eſſe hæredem. ℞. Tunc ſolùm habere locum, quando actor non poſſidet: nam ſi poſſidet, eſt locus actioni, ut habetur *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* quem textum paulò ſuperiùs adduxi. Vnde infert Schneidewein, quòd ab actore non poſſidente poſſit in eodem libello petitio hæreditatis cum actione fam. erciſc. cumulari, petendo ut declaretur hæres, & deinde fiat diviſio.

1127. QUÆRITUR 4. An hac actione etiam debita hæreditaria ſint dividenda. Ad hoc reſpondetur *in lege* 2. §. 5. *ff. h. t.* [In hoc judicium etſi nomina non veniunt (nempe ob incommoditatem dividendi) tamen ſi ſtipulationes interpoſitæ fuerunt de diviſione eorum, ut ſtetur ei, & ut alter alteri mandet actiones, procuratorémque eum in ſuam rem faciat, ſtabitur diviſioni. *& lege ſeq.* Planè ad officium Iudicis nonnunquam pertinet, ut debita & credita ſingulis pro ſolido aliis alia attribuat: quia ſæpè & ſolutio & exactio partium non minima incommoda habet.]

1128. QUÆRITUR 5. An hæc actio ſicut aliæ, præſcribatur 30. annis. Communis ſententia RR. eſt, non præſcribi, niſi vel numerentur 30. anni à tempore, quo ſemel voluerunt à communione diſcedere, vel, ſi tantùm unus poſſideat. Has exceptiones addunt, ut declinent textum clariſſimum, qui eſt *in l.* 1. §. 1. *C. de annali exceptione,* ubi expreſsè dicitur, nullam actionem, ne quidem familiæ erciſcundæ ultra 30. annorum ſpatium durare. Mihi tamen videtur eſſe divinatio, quòd lex hæc ſit hoc modo intelligenda, & ideo magis aſſentior ſimpliciter affirmantibus, quibus accedit etiam Hunnius in Treutl. d. 20. vol. 1. th. 8. Probatur autem efficaciter ex textu citato & mox referendo, ad quem reſpondent quidem adverſarii, eum eſſe intelligendum à tempore, quo voluerunt à communione diſcedere. Miror tamen quòd non adverterint, in hoc caſu requiri 40. annos. Audiamus ipſam legem. §. 1. ibi. [Iubemus omnes perſonales actiones, quas verboſa quorundam interpretatio (prout in præſenti planè faciunt adverſarii, ut videbimus, nam nullam legem pro ſe afferre poſſunt) extendere extra metas triginta annorum conabatur, triginta annorum ſpatiis concludi, &c. Solâ hypothecariâ actione quadraginta annorum utente periculis. Nemo itaque audeat NB. neque actionis familiæ erciſcundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum, neque pro ſocio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cujuscunque perſonalis actionis vitam longiorem eſſe 30. annis, interpretari: ſed ex quo ab initio competit, & ſemel nata eſt, & non iteratis fabulis ſæpius recreata, poſt memoratum tempus finiri, exceptis omnibus actionibus quæ in

judicium

judicium deductæ ſunt, & cognitionalia acceperit certamina, & poſtea ſilentio traditæ ſunt: quibus non 30. ſed 40. annos eſſe exſpectandos.]

Reſpondent adverſarii, hanc actionem tunc primùm naſci, quando conſortes volunt à communione diſcedere. Mihi tamen hæc reſponſio non placet: tunc enim actio naſcitur, quando poſitum eſt fundamentum illius: atqui fundamentum adæquatum hujus actionis eſt incidentia in communionem; ergo hac poſitâ, antecedenter ad omnem aliam voluntatem recedendi à communione, jam eſt nata actio: ſicut quando mihi furtum factum eſt, naſcitur actio furti, nec eſt neceſſe, ut priùs eliciam actum, quo petam à fure extrajudicialiter, mihi rem reſtitui. Ratio eſt, quia non ideo competit mihi actio familiæ erciſcundæ, quia volo recedere à communione, ſed potiùs ideo rectè volo, & poſſum velle recedere, quia mihi conceditur hæc actio. Itaque potiùs Ius agendi præſupponitur ad voluntatem recedendi, ut hæc voluntas ſit legitima & efficax.

1129. Objiciunt adverſarii 1. Illud vulgare: Nemo cogitur invitus in communione manere. *l. fin. C. communi divid.* Sed hæc objectio nimium probat; nempe quòd hæc actio non præſcriberetur etiam tunc, poſtquam conſortes voluerunt diſcedere. Item probaret, quòd nec actio pro ſocio præſcriberetur. Intelligendum id ergo eſt, ſeclusâ negligentiâ in petenda diviſione. Deinde illa regula communiter explicatur, quòd privato pacto non poſſint ſibi præjudicare.

Objiciunt 2. Quando ceſſat finis præſcriptionis, ceſſat beneficium præſcriptionis: atqui finis præſcriptionis ceſſaret, ſi poſſet illa actio præſcribi. Ergo. Minorem probant. Finis præſcriptionis eſt, ut ſit finis litium: atqui ſi non licet recedere à communione, non eſt finis litiũ, nam communio eſt occaſio diſcordiarum. ergo. Hanc rationem vocat Schneidewein *Vivam*. Ego dico eſſe elumbem. quia iterum nimium probat, ob inſtantias allatas. Non ergo ad malitioſas rixas impediendas, ſed ad minuendas lites, quæ, ſeclusâ præſcriptione, optimo Iure moveri poſſent, inventa eſt præſcriptio.

Objiciunt 3. Contra poſſidentem non currit præſcriptio: atqui conſortes poſſident hæreditatem, ut ponunt adverſarii. R. Ex hoc argumento rectè inferri, quòd dominium rerum poſſeſſarum non poſſit præſcribi, ſed non probat, quòd non poſſit præſcribi actio ſeu Ios agendi, & hoc iterum patet ex inſtantiis allatis.

1130. QUÆRITUR 6. Si hæredes facto ipſo bona aliquo modo quoad poſſeſſionem diviſerunt, ità ut unus hæc, alius alia poſſideret, & hoc per longum tempus, inter præſentes per 10. annos, inter abſentes per 20. & quilibet fructus ſolus in ſua poſſeſſione percepit, ſi de diviſione aliud non conſtet, an præſumatur facta diviſio, & à communione receſſum fuiſſe. Affirmat Baldus & cum eo Schneidewein. Sed legem nullam adducunt, ſolâ gloſsâ contenti, in legem 4. C. communi dividundo. quæ tamen lex hoc non habet. Nihilominus vera eſt reſolutio, conformis illi, quod dictum eſt de contrahenda tacitè, & ipſo facto Societate.

1131. QUÆRITUR 7. An ille, qui prior ad Iudicium diviſorium provocat, hoc ipſo fateatur alterum cohæredem eſſe: vel an poſſet poſtea, mutatâ ſententiâ recurrere ad Petitionem hæreditatis. Affirmandum videtur fateri cohæredem. Nam de eſſentia hujus actionis eſt, ut detur contra cohæredem. Ergo qui prætendit hanc actionem, hoc ipſo ſupponit alterum eſſe cohæredem. Verùm, huic reſponſioni reſiſtit lex 37. ff. h. t. *Qui familiæ erciſcundæ judicio agit, non confitetur adverſarium ſibi eſſe cohæredem.* Ad hanc tamen legem reſpondet Hunnius, textum eſſe corruptum, & affirmativè legendum, prout Pandectis Florentinis habetur. Quæ lectio ſi retinenda eſt (quamvis alia exemplaria negativè legant) ne ſit æquitati contraria, videtur intelligenda cum gloſſa; ſi in opinione perſiſtat usque ad ſententiam, & ſententiæ paruit. Et hoc videtur contineri in lege præcedente 36. [Cùm putarem, te cohæredem meum eſſe, idque verum non eſſet, ego tecum familiæ erciſcundæ judicio, & à Iudice invicem adjudicationes, & condemnationes factæ ſunt. Quæro, rei veritate cognitâ, utrum condictio invicem competat, aut vindicatio, & an aliud in eo qui hæres eſt, & aliud in eo qui hæres non ſit, dicendum eſt? Reſpondi. Qui ex aſſe hæres erat, ſi, cùm putaret ſe Titium cohæredem habere, acceperit cum eo familiæ erciſcundæ judicium, & condemnationibus factis ſolverit pecuniam, quoniam NB. ex cauſa judicati ſolvit, repetere non poteſt. Sed tu videris eo moveri, quòd non eſt judicium familiæ erciſcundæ, niſi inter cohæredes acceptum, ſed quamvis NB. non ſit Iudicium, tamen ſufficit ad impediendam repetitionem, quòd quis putat condemnatum.] Ex qua lege conſtat, quòd non detur repetitio ſoluti in foro externo. cum quo benè ſtat, quòd ille qui hæres non erat, teneatur in conſcientia reſtituere quod titulo hæredis putatitii accepit, quia reverâ Ius nullum habuit accipiendi. Imò ſi condemnatus actor eſſet minorennis, beneficio reſtitutionis poſſet rei vindicatione uti.

CON-

CONTROVERSIA VI.

De Quaſi Contractu ex confuſione finium, ſeu terminorum.

SUMMARIUM.

AN actio finium regundorum ſit ſtricti Iuris. 1133.
An locum habeat etiam in finibus prædiorum urbanorum. 1134.
An ſoli Domino directo detur hæc actio. 1135.
Ad quænam hæc actio ſe extendat. 1136.
An in hac actione veniat etiam intereſſe illius, cui terminorum confuſio damno fuit cum lucro alterius. 1137.
Quomodo ſe Iudex in Finali judicio gerere debeat. 1138.
An illa pars fundi, quæ ob incommoditatem diviſionis uni adjudicatur, fiat illius, abſque alia traditione. 1139.

1132. EST ille Quaſi Contractus prioribus valde ſimilis, & ideo etiam tam in Digeſtis quàm in Codice illis adjungitur.

Quando igitur termini agrorum ſunt confuſi, ità ut diſcerni non poſſit, quouſque ſe termini ſingulorum agrorum extendant, datur Dominis agrorum actio finium regundorum.

Porrò, quia uterque litigantium eſt Actor, & Reus, ideo cuivis incũbit probare fines per vetera documenta, v. g. ſepes, foſſas, terminos, ſeu ſigna poſita in poſtrema venditione. Lis hæc vocatur in Iure *Quæſtio Finalis.*

1133. QUÆRITUR 1. An ſit Stricti Iuris. ℞. Affirmativè, non ſolùm ex eo fundamento, quòd ab Imperatore non recenſeatur inter actiones bonæ fidei in §. 28. I. de actionibus, (quod fortaſſe non convinceret, ut in ſimili dixi de contractibus innominatis) ſed magis ex eo fundamento, quòd in hac actione non petantur fructus percepti ante litem conteſtatam, ſed ſoli poſt litem conteſtatam. *l.* 4. §. 2. *ff. h. t.* [Poſt litem autem conteſtatam etiam fructus venient in hoc judicio. nam & culpa, & dolus inde præſtantur. Sed ante judicium percepti non omnimodo in hoc judicium venient: aut enim bonâ fide percepit, & lucrari eum oportet, ſi eos conſumpſit, aut malâ fide, & condici oportet.]

1134. QUÆRITUR 2. An hæc actio etiam locum habeat in finibus prædiorum urbanorum. Ratio dubitandi eſt, quia illorum fines per parietes ità diſcernuntur, ut confundi non poſſint: quoad hoc quæſitum audienda eſt lex 4. §. 10. *ff. h. t.* [Hoc judicium locum habet in confinio prædiorum ruſticorum, in urbanorum diſplicuit. Neque enim confines hi, ſed magis vicini dicuntur, & ea communibus parietibus plerumque diſcriminantur: & ideo, & ſi in agris ædificia juncta ſint, locus huic actioni non erit: & in urbe hortorum latitudo contingere poteſt: ut etiam finium regundorum agi poſſit.] Quodſi in prædio ruſtico confinia confunderentur per poſitionem alicujus ædificii, adhuc daretur hæc actio, ſicut, ſi per arborum plantationem. *l.* 2. *pr. ff. h. t.* [Hæc actio pertinet ad prædia ruſtica, quamvis ædificia interveniant: neque enim multùm intereſt, arbores quis in confinio, an ædificium ponat.]

1135. QUÆRITUR 3. An ſoli Domino directo agrorum detur hæc actio. ℞. Datur etiam Emphyteutæ, fructuario, creditori habenti hypothecam & poſſidenti. *l.* 4. §. 9. *ff. h. t.* [Finium regundorum actio, & in agris vectigalibus, & inter eos qui uſumfructum habent, & Dominum proprietatis vicini fundi, & inter eos qui Iure pignoris poſſident, competere poteſt] & à fortiori vaſallo, cùm huic etiam rei vindicatio competat.

1136. QUÆRITVR 4. Ad quænam ſe hæc actio extendat. ℞. Non ſolùm ad terminos materiales fundorum diſcernendos, ſed etiã ad ea quæ terminis cohærent, ut eſt Ius Iuriſdictionis. *cap.* 4. *de Parochiis.* quod ſic habet. [Super eo verò, quòd apud vos intelleximus dubitatum, an quod de finibus, & his quæ finibus adhærent, non præſcribendis ſtatutum per Canones eſſe dignoſcitur, ſit in paræciarum limitibus, ſicut in Provincialibus admittendum. Reſpondemus, quòd benè videtur in utroque ſervandum, ſi fines legitimâ probatione, vel aliàs indubitatâ fide conſtitit Eccleſiaſticâ ordinatione ſtatutos.]

1137. QVÆRITVR 5. An in hac actione veniat etiam intereſſe illius, cui terminorum confuſio damno fuit cum lucro alterius. ℞. Affirmativè. *l.* 4. §. 1. *ff. h. t.* [In judicio finium regundorum etiam ejus ratio fit, quod intereſt. quid enim ſi quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini eſſe appareat? iniquè damnatio eo nomine fiet?]

QVÆRITVR 6. Quanto tempore præſcribatur hæc actio. Zaſius poſt plures veteres vult præſcribi ſpatio longi temporis, ſicut aliarum rerum dominium. & habet pro ſe textum in lege 2. §. *ſed etſi fundus.* & *l. qui fundum.* §. 1. *ff. de uſucap. pro empt.* ubi dicitur, ſi fundus ſit ab aliquo emptus, deinde autem ampliores fines poſſedi, illud totum uſucapi longo tempore. Nihilominus in contrarium facit textus ſuprà allatus pro actione familiæ erciſcundæ, ubi expreſsè dicitur, actionem finium regundorum non niſi 30. annis præſcribi. & lege fin. C. hoc tit. [Cunctis Molitionibus & Machinationibus amputatis decernimus, in finali quæſtione non longi temporis, ſed 30. tantùm annorum præſcriptionem locum habere.] Quodſi leges Digeſtorum aliud voluerunt, Iure Codicis ſunt abrogatæ. Quamvis illæ leges fortè non loquantur de præſcriptione actio-

actionis finium regnndorum, ſed tantùm de uſucapione illius glebæ, quam nt meam bonâ fide cum titulo poſſedi, per longum tempus, quod fieri poteſt abſque terminorum confuſione propriè dicta, & prout communiter fieri ſolet inſenſibiliter, nec to a ſimul.

1138. QVÆRITVR 5. Qoomodo ſe Iudex in finali judicio & quæſtione gerere debeat. ℞. De hoc varia variis Iuribus eſſe conſtituta. lege 11. *ff. h. t.* dicitur, antiquos terminos attendendos per ſe loquendo: *Modò ſi non varietate ſucceſſionum, & arbitrio poſſeſſorum fines additis vel detractis agris poſtea permutatos probetur.* & l. ſeq. dicitur:[quòd ſi venditor duorum fundorum coofinium novos terminos poſuit, illis ſtandum ſit.] & lege 8. [Si irruptiones fluminis fines agri confundit inundatio, ideoque uſurpandi quibusdam loca, in quibus Ius non habent, occaſionem præſtet, Præſes Provinciæ alieno eos abſtinere, & Domino ſuum reſtitui, terminóſque per menſorem declarari jubet.] & §. 1. [Ad officiom de finibus cognoſcentis pertinet menſores mittere, & per eos dirimere ipſam finium quæſtionem, ut æquum eſt, ſi ità res exigat, oculiſque ſuis ſubjectis locis.] *Lege* 2. §. 1. [Iudici finium regundorum permittitur, ut ubi non poſſit dirimere fines, adjudicatione controverſiam dirimat. & ſi fortè amovendæ veteris obſcuritatis gratiâ per aliam Regionem fines dirigere Iudex velit, poteſt hoc facere per adjudicationem & condemnationem.] & *l.* 3. [Quo caſu opus eſt, ut ea alterutrius prædio alii adjudicandum ſit, quo nomine is cui adjudicatur, invicem pro eo, quod ei adjudicatur, certâ pecuniâ condemnandus eſt.]

Denique accuratiùs io §. 6. Inſt. de officio Iud. ſic habetur. [Si finium regundorum actum fuerit, diſpicere debet Iudex, an neceſſaria ſit adjudicatio: quæ ſanè uno caſu neceſſaria eſt, ſi evidentioribus finibus diſtingui agros commodius ſit, quàm olim fuiſſent diſtincti; nam tunc neceſſe eſt ex alterius agro partem aliquam alterius agri Domino adjudicari: quo caſu conveniens eſt, ut is alteri certâ pecuniâ debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus eſt quiſque judicio, quòd fortè circa fines aliquid malitioſè commiſit, v. g. quia lapides finales furatus eſt, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quiſque eo judicio condemnatur, veluti ſi quis jubente Iudice metiri agros paſſus non fuerit.]

1139. QVÆRITVR 6. An illa pars fundi quæ ob incommoditatem diviſionis uni adjudicatur, fiat illius abſque alia traditione. Negat Accorſius: ſed affirmandum eſt ob textum apertum §. 7. *Inſt. de Off. Iud. Quod autem iſtis Iudiciis alicui adjudicatum fuerit, id ſtatim ejus fit, cui adjudicatum eſt.* Quod etiam intelligendum de adjudicatis in Iudicio fam. erciſcundæ, & communi dividundæ.

CONTROVERSIA VII.

De Quaſi Contractu ex Hæreditatis aditione.

SUMMARIUM.

Quando hæres cenſeatur quaſi contrahere cum legatariis. 1140.

An ex hoc etiam obligetur Creditoribus defuncti. 1141.

1140. Hæres adeundo hæreditatem defuncti, qui legata reliquit, cenſetur quaſi contraxiſſe cum legatariis, quibus hoc ipſo tenetur ad præſtanda legata. Ex hoc quaſi Contractu datur legatariis actio legati, vel, ex teſtamento, adverſus hæredem ut legata ſolvat. De quo actum eſt tom. 2. tract. 7. cap. 3.

1141. QVÆRITVR, an ex quaſi Contractu hæres obligetur etiam Creditoribus defuncti. Ratio dubitandi eſt, quia certum eſt, quòd illis debeat ſolvere debita relicta. Deinde etiam certum eſt, quòd ipſe hæres cum creditoribus nihil contraxerit: ſed neque ex delicto tenetur: ergo ex quaſi Contractu: nam hac ſolâ & non aliâ ratione videtur probari, quòd hæres teneatur legatariis. Hoc tamen non obſtante. ℞. Hæredem Creditoribus non teneri ex quaſi Contractu. Neque Imperator in §. 5. Inſt. rationé adductâ utitur ad probandum, quòd hæres teneatur legatariis ex quaſi contractu, ſed aliâ: *Neque enim*, inquit, *cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius geſſiſſe propriè dici poteſt.* Ecce! dum dicit: *Neque cum defuncto.* jam non poteſt ejus argumentum applicari Creditoribus: nam iſti cum defuncto verè & propriè contraxerunt.

Cùm ergo hæres repræſentet defunctum, convenietur à Creditoribus ex illo contractu, quem cum defuncto celebrârunt.

Neque refert, quòd hæres ſit alia perſona diſtincta realiter à defuncto. Nam ob repræſentationem defuncti qualitas obligationis quâ defunctus tenebatur immutari non ſolet. l. 2. §. 2. ff. de V. O. ibi. *Non enim ex perſona hæredum conditio obligationis immutatur.*

CON-

CONTROVERSIA VIII.

De Quaſi Contractu ex detentione alicujus rei: ſive: de actione ad exhibendum.

SUMMARIUM.

Quandonam detur actio ad exhibendum. 1142.
An ſit actio dicenda Realis an Perſonalis. 1143.
Quibus hæc actio competat. 1144.
An aliquando detur contra ipſum Dominum rei detentæ. eod.
Quænam res cadant ſub hanc actionem. 1145.
Contra quos detur. 1146.
Si reus conventus nolit exhibere, quid porrò agendum. 1147.

1142. QUando alius detinet rem aliquam, quam noſtrâ intereſt exhiberi, ut cognoſcere poſſimus, an non in illa re Ius aliquod habeamus, cenſetur detinens nobis ex Quaſi Contractu obligari, & datur actio quæ dicitur *ad exhibendum*. de qua tam in Digeſtis, quàm in Codice exſtat titulus: & in Inſtitutionibus *tit. de Off. Judicis.* exſtat §. 3.

Sicut autem actiones familiæ Erciſcundæ, communi dividundo, Finium regundorum, ità etiam actio ad exhibendum eſt Actio mixta; de qua

1143. QUÆRITUR 1. An ſit actio Realis dicenda, an Perſonalis, ſive, quod idem eſt, an ſit in rem, an in perſonam. Eſſe Realem, ſeu in rem contendit Donellus. Sed Vlpianus expreſſis verbis dicit, eſſe Perſonalem. *l. 3. §. 3. ff. h. t. eſt autem*, inquit, *Perſonalis hæc actio: & ei competit, qui in rem acturus eſt*: nempe poſtquam res eſt exhibita. Reſpondet quidem Donellus, dici perſonalem hoc ſenſu, quòd non detur contra hæredes detentoris. Verùm, hac ratione Vlpianus valde turpiter æquivocâſſet, & verbis abuſus eſſet, ac ſine cauſa impropriè locutus.

Cæterùm, negari non poteſt (nec argumenta Donelli plus evincunt) hanc actionem participare plurimùm de actione reali, & ideo dicitur actio mixta, ſeu Perſonalis in rem ſcripta: participat nimirum hoc, quòd non detur contra aliquem, qui nec detinet, nec dolo malo deſiit poſſidere. De reliquo convenit cum actionibus perſonalibus, quarum differentiam à realibus explicuimus tom. 1. tr. 2. à num. 60.

1144. QUÆRITUR 2. Quibus hæc actio competat. ℞. Competere omni illi, cujus intereſt rem exhiberi. quia verò præcipuè intereſt Domini, ſeu illius, qui adhuc probabiliter opinatur, aut ſuſpicatur, ſe eſſe talis rei Dominum, ideo etiam præcipuè competit Domino, diciturque actio præparatoria ad rei vindicationem. Neque enim talis dubius poteſt agere rei vindicatione, niſi priùs cognoſcat rem ad ſe pertinere: quid ſi enim res fuerit quidem illius, ſed per acceſſionem vel alio modo acquirendi Iure gentium dominium Ipſo inſcio ad alium pervenit? per exhibitionem ergo conſtabit, an locus ſit rei vindicationi.

Deinde competit etiam aliis aliquod Ius in tali re habentibus, & qui fortè poſſunt deinde agere in rem. *l. 3. §. 3. ff. h. t.* ibi. [Et ei competit, qui in rem acturus eſt, qualicunque in rem actione, etiam pignoratitiâ, Servianâ, ſeu hypothecariâ, quæ creditoribus competunt. Sed & uſumfructum petituro competere ad exhibendū Pomponius ait.] & §. 10. in exemplo alio declaratur, quomodo poſſit meâ intereſſe, rem exhiberi, etſi necdum Dominus ſim, ſed exhibitio eſt hîc & nunc neceſſaria, ut poſſim acquirere dominium. [Ut puta, ſi mihi ſervus legatus ſit, quem Titius optâſſet: agam enim ad exhibendum, quia meâ intereſt exhiberi, ut Titius optet, & ſic vindicem, quamvis exhibitum ego optare non poſſim.]

Imò, quod mirabilius eſt, datur hæc actio quandoque contra ipſum dominum, cuius rei exemplum eſt in lege. 2. *C. h. t.* [Si criminis alicuius reus ſervus poſtulatur, per ad exhibendum actionem produci à domino, non celari debet.]

1145. QUÆRITUR 3. Quænam res cadant ſub hanc actionem. ℞. 1. & generaliter, non res immobiles; nam hæ, cùm occultari non poſſint, exhibent ſeipſas: adeoque res ſolæ mobiles, quæ occultari, & contrectari poſſunt. Vnde quando in lege paulò antè citata dicitur, etiam rem uſufructuariam poſſe peti ut exhibeatur, intelligitur de re mobili in qua uſusfructus conſtitutus putatur. ℞. 2. Non ſufficere, ſi actor petat in genere, ſibi exhiberi mobilia: nam hac ratione poſſet quis adigi ad omnia ſua recondita manifeſtanda, quo nihil eſſet abſurdius. ſed debet actor poſſe rem ſpecificè declarare, v. g. equum talis coloris, talis ſtaturæ, &c. *l. 3. pr. ff. h. t.* [Actor omnia noſſe debet, & dicere argumenta rei de qua agitur.] ℞. 3. & magis in ſpecie, ad hanc actionem pertinere chartas & inſtrumenta, quæ pars adverſa detinet. *l. 6. C. h. t.* [Inſtrumenta ad jus tuum pertinentia partem diverſam invaſiſſe aſſeverans, ſi ad exhibendum intendis, judiciorum more experire.] Idem habetur *l. 9.* ℞. 4. Imò agitur quandoque ad exhibendas res deſtructas, vel dolo à poſſeſſione remotas. *l. 9. ff. h. t.* per totam benè longam. ubi plura exempla referuntur, unum alterumve ſufficiat inde retuliſſe. Si quis hominem, quem poſſidebat, occiderit, ſive ad alium tranſtulerit poſſeſſionem, ſive ità rem corruperit, ne haberi poſſit, ad exhibendum tenebitur. Proinde & ſi vinum vel oleum vel quid aliud effuderit, vel confregerit, ad exhibendum tenebitur. Item ſi

Digitized by Google

glans ex arbore tua in fundum meum incidit, & ego immittam dolo pecus ut depaſcat, &c. ℞. 5. Item ſi res propriæ alienis junctæ ſint (excepto tigno) ut ſi gemma annulo incluſa, rota vehiculo juncta, purpura veſtimento, agitur ut ſeparentur, & ſic poſſint vindicari.

1146. QUÆRITUR 4. Contra quos detur hac actio. ℞. Dari contra quemvis detentorem, etiamſi non poſſideat. *l.* 8. *C. h. t.* [Si res tuas commodavit, aut depoſuit, adverſus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes.] Quin, & contra creditorem pignori incumbentẽ. *l.* 3. §. 15. *ff. h. t.* ex qua lege, ut hoc obiter advertam, confirmari poteſt id, quod dixi agens de poſſeſſione tract. 3. Creditorem non propriè poſſidere pignus, nam cum in hoc §. Vlpianus diſertè dixiſſet, hac actione agi non ſolùm contra civiliter, ſed etiam naturaliter poſſidentem, ſubjungit ulteriùs. [Denique Creditorem, qui pignori rem accipit, ad exhibendum teneri placet.]

1147. QUÆRITUR 5. Si reus conventus nolit exhibere, quid porrò agendum? ℞. Admitti actorem, ut juret in litem, ſed judice moderante, quantum ſua interſit, fuiſſe exhibitum. *l.* 4. *C. h. t.* [Non ignorabit Iudex, ſi inſtrumenta tui juris, quæ penes diverſam partem fuiſſe probaveris, ab eiſdem non exhibeantur, jurisjurandi in litem facultatem deferre tibi oportere.]

Accuratiùs verò deſcribitur, quid juris ſit, ſi mora intercedat. §. 3. *Inſt: de off. Iud.* [Si ad exhibendum actum fuerit, non ſufficit, ſi exhibeat rem is, cum quo actum eſt: ſed opus eſt, ut etiam rei cauſam debeat exhibere, id eſt, ut eam cauſam habeat actor, quam habiturus eſſet, ſi, cùm primùm ad exhibendum egiſſet, exhibita res fuiſſet. Ideoque ſi inter moras exhibendi uſucapta ſit res à poſſeſſore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id eſt, eius quod poſt acceptum judicium ante rem judicatam interceſſerit, rationem habere debet Iudex. Quodſi neget reus, in præſenti ſe exhibere poſſe, & tempus exhibendi cauſâ petat, idque ſine fruſtratione petere videatur, dare ei debet, ut tamen caveat, ſe reſtituturum. Quodſi neque ſtatim juſſu judicis rem reſtituat, neque poſtea exhibiturum ſe caveat, condemnandus ſit in id, quod actoris intereſt, ſi ab initio res exhibita eſſet.]

CONTROVERSIA IX.

De Quaſi contractu ex ſolutione indebiti.

SUMMARIUM.

DEfinitio *Quaſi contractus ex* ſolutione indebiti. 1148.
Quomodo differat à Mutuo. 1149.
In quo differat à Promutuo. 1150.
An error debeat eſſe in utroque. eod.
Quotuplex ſit debitum, quod per errorem ſolvi poteſt. 1151.
An Condictio Indebiti competat dubitanti an debeat. 1152.
Quid ſi debitum ſolutum ſit per errorem juris. 1153.
An ſaltem tunc ex æquitate detur condictio. 1154.
Solvuntur argumenta. 1155.
Intellectus legis 23. §. 2. ff. de Cond. indeb. 1156.
Quandonam ceſſet condictio indebiti. 1157.
An debitum conditionatum ante conditionem ſolutum poſſit repeti. 1158.
An ſaltem repeti poſſit Interuſurium. 1159.
An dolo inductus ad debitum contrahendum, ſi illud ſolvit, repetere poſſit. 1160.
An abſolutus per ſententiam, & tamen poſtea ſolvens repetere poſſit. 1161.
Si aliquis ſolvit alienum debitum, poſſit repetere. 1162.
An disjunctivè debitum ſolutum copulativè, poſſit eligendo repetere. 1163.
An hæc Condictio detur heredi, & contra heredes. 1164.
Si procurator indebitum ſolvit, illine an domino competat condictio. 1165.
Re non ampliùs exiſtente, quid hac actione petatur. 1166.
An etiam uſuræ reſtituendæ. eod.
An correus totum ſolvens neglecto beneficio diviſionis poſſit condicere indebitum. 1167.
An poſſit huic actioni renuntiari. 1168.
Solvuntur argumenta. 1169.
An, qui ſolvit indebitum per errorem, transferat dominium. 1170.

1148. ITem (inquit imperator §. 6. *I. h. t.*) [Is cui quis per errorem non debitum ſolvit, quaſi ex contractu debere videtur.] Nempe, qui accipit aliquid indebitum, putans deberi, non habet actualem animum ſe obligandi ad reſtitutionem, cùm apparuerit, non fuiſſe debitum, habet enim potiùs animum diſtrahendi debitum: quia tamen æquitas non patitur illum locupletari ex indebito, ideo præſumitur tacitè conſentire, quodſi probabitur indebitum, & repete-

peretur legitimo modo, velit reſtituere. & ſic eſt quaſi Contractus, ut planè mirum ſit Donellum contra apertum textum aſſeruiſſe, eſſe ſimpliciter contractum. Neque obſtat, quòd in §. 1. *Inſt.* [Quibus modis re contrahatur obligatio: Imperator agat de condictione indebiti, unde poſſet quis inferre, quòd inter veros contractus numeraverit ſolutionem indebiti. Nam in fine illius §. huic dubio ipſe occurrit, dicens: [Sed hæc ſpecies obligationis non videtur ex contractu conſiſtere.] Meritò autem ſub illo titulo fit illius mentio, quia ſine actuali traditione non perficitur.

Definiri poteſt Quaſi contractus re initus, quo pars unâ per errorem quidpiã quod non debet, ſui liberandi cauſâ alteri dedit parti, & eandem tacitè ad id reddendum obligavit.

1149. QUÆRITUR 1. Quomodo differat à mutuo. Rationẽ dubitandi ingerit Imperator, dum in §. cit. ait: [Sed tamen perinde, is qui accepit, obligatur, acſi mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.] ℞. Differt 1. Quòd in mutuo detur expreſſus ex utraque parte conſenſus in reſtitutionem, non in hoc quaſi contractu. 2. Ex mutuo convenit tantùmodo condictio certi, ex indebito quandoque etiam incerti condictio naſcitur. exemplum habetur in lege 22. §. 1. *ff. de condict. indeb.* [Cùm iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi, incerti condicam, ut iter mihi concedatur.] 3. In Condictione indebiti (ſecùs in mutuo) quandoque plus quàm acceptum eſt, reſtituendum venit. *l. 15. pr. ff. eod.* [Indebiti ſoluti condictio naturalis eſt, & ideo etiam, quod rei ſolutæ acceſſit, venit in condictionem, ut puta partus qui ex ancilla natus ſit. vel quod alluvione acceſſit, imò & fructus, quos is cui ſolutum eſt, bonâ fide percepit, in condictionem veniunt] Sed deductâ impenſâ, ut monetur *l. 65. §. 5. eod.* Ex quibus juribus colligo, quòd etſi dicatur per ſolutionem indebiti dominium tranſlatum eſſe, (quod tamen negat P. Molina) ſicut in mutuo, quando tamen repetitur, fingatur ſemper dominus manſiſſe, & res illi fructificâſſe tanquam domino. 4. Indebitum habet locum in rebus non fungibilibus, adeoque in quibus mutuum contrahi non poſſet. *l. 22. jam citata.* & alibi paſſim. 5. Mutuatarius tenetur ſolvere mutuum, etſi inde non ſit factus locupletior, v. g. quia caſu periit, non item qui ex indebito tenetur. *l. 32. ff. eod. pr.* [Cùm is qui Pamphilum aut Stichum debet, ſimul utrumque ſolverit, ſi poſtquam utrumque ſolverit, aut uterque aut alter ex his deſiit in rerum natura eſſe, nihil repetet, id enim remanebit in ſoluto, quod ſupereſt.] Quod videtur eſſe verum, etiamſi culpâ aliquâ periiſſet, dummodo ignoraverit, fuiſſe indebitum, ut habetur *l. 65. §. 8. eod.* [Si ſervum indebitum tibi dedi, cúmque manumiſiſti: ſi ſciens hoc feciſti, teneberis ad pretium ejus, ſi neſciens non teneberis.

1150. QUÆRITUR 2. In quo differat à *Promutuo.* ℞. Promutuum tunc fieri, quando indebitum ſolvitur in re fungibili, quæ poteſt mutuo dari. Videtur ergo eſſe ſpecies indebiti ut ſic: Indebitum autem ſpecificè erit, quando ſolvitur in alia re.

QUÆRITUR 3. An error debeat eſſe tam in ſolvente, quàm in accipiente. ℞. Affirmativè. Et quidem in dante ſi non adſit error, ſed ſcientia indebiti, meritò præſumitur donare ſolvendo. In accipiente verò ſi adſit ſcientia potiùs datur ſolventi Condictio furtiva. *l. 18. ff. de condict. furt.* ibi. *Quoniam furtum fit, cùm quis indebitos nummos ſciens accipit.*

1151. QUÆRITVR 4. Quotuplex ſit indebitum quod ſolvi per errorem poteſt. ℞. Eſſe triplex: aliquando enim aliquid dicitur indebitum omni modo, hoc eſt, neque naturaliter neque civiliter: Aliquando aliquid eſt quidem debitum civiliter, ſed non eſt debitum naturaliter (quamvis hoc membrum aliqui ut Henricus Zaſius negent.) Exemplum eſt in chirographo, quod datum eſt, cùm tamen pecunia non eſſet numerata, quo dicitur quis obligari civiliter, quamvis non obligetur naturaliter. Item ſi alicui per nudum pactum eſſet remiſſum debitum, diceretur civiliter adhuc obligatus, non tamen naturaliter. Item ſi quis hæredem juſſit liberare debitorem ſuum, debitor non eſt ampliùs naturaliter, ſed tamen civiliter obligatus. Aliquando & tertio aliquid eſt quidem debitum naturaliter, ſed indebitum civiliter. v. g. quod debetur ex nudo pacto, quod eſt inter dominum & ſervum, inter patrem & filium, inter fratres ſub eadem patria poteſtate conſtitutos.

1152. QUÆRITUR 5. An Condictio indebiti competat ei, qui dubitat an debeat, & ſolvit reverà indebitum. Ratio dubitandi eſt, quia talis videtur tranſigere. Nihilominus ℞. affirmativè. *l. fin. C. h. t.* [Pro dubietate eorum qui mente titubante indebitam ſolverint pecuniam, certamen legum latoribus incidit, idne quod quod ancipiti animo perſolverint poſſint repetere an non. Quod nos decidentes ſancimus, omnibus qui incerto animo indebitam dederint pecuniam, vel aliam quandam ſpeciem perſolverint, repetitionem non denegari, & præſumptionem tranſactionis non contra eos induci, niſi hoc ſpecialiter ab altera parte approbatur.]

1153. QUÆRITVR 6. & difficiliùs. An ſi indebitum ſolutum eſt non quidem per errorem facti, ſed per errorem juris, nihilominus ſolutum repeti poſſit condictione indebiti, v. g. ex duobus unus à creditore conventus ſolvit totum debitum, ex ignorantia juris non obligantis niſi ad ſolutionem ſecundùm proportionem quotæ hæreditariæ. Si minor ſolvat acceptum mutuum, unde non eſt factus locupletior, ignorans,

Digitized by Google

de jure ſe non teneri. In hoc puncto certum & apud AA. indubitatum eſt, quòd ſi ſubſit obligatio naturalis, non ſit locus Condictioni indebiti civiliter, ſi per errorem juris ſolvit: v. g. in ſententia eorum, qui putant minores obligari naturaliter, non verò civiliter, in contractibus ſine tutoris auctoritate initis, ſi talis ſolvat ex ignorantia juris, non habet condictionem indebiti. Difficultas eſt, quando nec naturalis nec civilis obligatio ſubeſt, prout in eodem caſu in mea ſententia nulla ſubeſt.

Affirmativam tenet, & ait eſſe communem VVurmſerus *lib. 3. Nuclei tit. 28. contr. 7. n. 56.* citans pro eadem Donellum, VVeſenbecium, Harpprecht, & plures alios; ſed Harpprecht expreſsè contrarium tenet illo loco. Eandem ſententiam tenent Schneidevv. Sichardus, & VVidman, & Canoniſtæ communiter.

Negativa eſt inter RR. longè communior, quam tenent Ant. Perez, Hunnius *v. res. tr. 3. p. 2. q. 3.* VVilhelm. Ludwel, Zaſius n. 14.

Inſpectis Juribus quamvis plures textus in utramque partem afferantur, mihi tamen videntur clariora ſtare pro ſententia negativa, & efficaciora, quia ſunt ex Codice deſumpta.

1154. DICENDUM igitur exiſtimo, de rigore juris non concedi repetitionem ſoluti per ignorantiam Juris: benè tamen ex æquitate, quæ tamen æquitas ab ipſo etiam Jure agnita ſit. Probo Concluſionis poſtremum membrum ex lege 1. *ff. ut in poſſeſſ. leg. vel fideicommiſſorum ſervand. ca. eſſe liceat.* ubi quis ex ignorantia juris ſatisdedit, & ideo de juris rigore non poſſet petere liberationem, ſed tamen ex benignitate. lex ſic habet. [Si quis cùm vetitus eſſet ſatis accipere, acceperit, an repeti ſatisdatio ità poſſit, ut hæres condicat liberationem. Et quidem ſi ſciens hæres indebitum cavit, repetere non poteſt: quid deinde, ſi ignoravit, remiſſam ſibi ſatisdationem? poteſt condicere. Si verò hoc non potuiſſe remitti crediderit, numquid condicere poſſit, qui jus ignoravit? NB. adhuc tamen benignè quis dixerit, ſatisdationem condici poſſe.]

Quòd autem clariora Jura, minuſque explicabilia pro ſententia negante condictionem exſtent, patebit referendo ipſa Jura. Probatur ergo negativa primò ex lege 6. *C. de Juris & facti ignorantia.* [Si non tranſactionis causâ, ſed indebitam errore facti olei materiam vos Archantico ſtipulanti ſpopondiſſe Rector provinciæ animadvertet, reddito quod debetis, reſidui liberationem condicentes audiet.] Item *l. 6. C. h. t.* [Si per ignorantiam facti non debitam quantitatem pro alio ſolviſti, & hoc adito rectore provinciæ fuerit probatum, hanc ei, cujus nomine ſoluta eſt, reſtitui eo agente, providebit. *& ſtatim lege ſeq.* Fideicommiſſum vel legatum indebitum per errorem facti ſolutum, repeti poſſe explorati juris eſt. *adhuc clariùs l. 10. C. de Juris & facti ign.* [Cùm quis jus ignorans indebitam pecuniam ſolverit, ceſſat repetitio: per ignorantiam enim facti tantùm repetitionem indebiti ſoluti competere tibi notum eſt.] *& in lege 9. C. ad l. Falc.* [Ex errore facti quartam ex cauſa fideicommiſſi non retentam condici poſſe, at, ſi quis jus ignorans eam reſtituerit, ceſſare repetitionem.]

Hæc ſunt jura ſatis aperta, & meo judicio indeclinabilia. Rationem quam affert Perez & quidam alii, quòd ignorantia Juris tunc ſolùm proſit, quando agitur de vitando damno, non autem quando certatur pro lucro, is autem qui ſolutum indebitum repetit, certet de lucro, nihili facio; quis enim non videt, eum qui repetit indebitum, ideo repetere, quia alioquin jacturam patrimonii innocenter patitur?

Quæ verò ſententia affirmativa pro ſe affert, non difficulter diſſolvuntur.

1155. Objiciunt 1. Aliqua jura, in quibus dicitur generatim & ſine diſtinctione, indebitum ſolutum repeti poſſe. ergo non eſt diſtinguendum inter errorem facti & Juris. ℞. Textus illos exſtare in Inſtitutionibus, nempe in §. 1. *Quib. mod. &c.* & §. 6. *De oblig. quæ quaſi.* Multa autem in Inſtitutionibus ſine diſtinctione ponuntur, utpote tyronibus ſcripta, quæ deinde in poſterioribus Juribus cum diſtinctione declarantur, ut ſit in præſenti manifeſtè. Objiciunt 2. In lege 2. §. 1. *& lege ſeq. ff. de condictione indeb.* datur condictio indebiti ſoluti ex teſtamento nullo: atqui talis utique ſolvit ex errore juris dum putat non obſtante nullitate eſſe ſolvendum. ℞. Clarum eſſe, quòd non juris ignorantia ſed facti, nempe quòd deeſſet juſta cauſa exhæredationis, quod poſthumus natus eſſet, &c. ductus ſolverit. Lex ità habet. [Si quid ex teſtamento ſolutum ſit, quod poſtea NB. falſum, vel inofficioſum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur: *& l. 3.* Idem eſt, ſi ſolutis legatis nova & inopinata cauſa hæreditatem abſtulit, veluti NB. nato poſthumo, quem hæres in utero fuiſſe ignorabat: vel etiam ab hoſtibus reverſo filio, quem pater obiiſſe falsò præſumpſerat.]

1156. Objiciunt 3. & difficiliùs ex §. 2. legis 23. ff. h. t. ubi dicitur repeti poſſe quod ſolutum eſt ex tranſactione quæ de jure invalida eſt. [Item ſi ob tranſactionem alimentorum teſtamento relictorum datum ſit, apparet, poſſe repeti quod datum eſt: quia tranſactio Senatusconſulto infirmatur.] Adhuc tamen cum Gentili reſponderi poteſt, etiam hîc interveniſſe ignorantiam facti, ſeu errorem in facto, non enim univerſaliter infirmatur tranſactio circa alimenta ſine auctoritate prætoris, ſed ſubſiſtit 1. Si ſit utilis alimentario: 2. Si teſtator permiſerit tranſactionem. 3. Si tranſactio fuerit juramento firmata. Poterat ergo tranſigens & ſolvens circa unum ex his errâſſe, qui erit error facti. Hoc

inquam,

inquam, reſponderi poteſt, ſed non ſine divinatione.

Et hæc ſuot jura præcipua in utramque partem. Quidquid autem ſit de his, in conſcientia teoetur accipieos reſtituere iodebitè ſolutum, in quantum inde locupletior factus eſt, ſi bonâ fide accepit, ut patet ex alibi diſputatis.

1157. QUÆRITUR 6. Quandonam ceſſet hæc actio ſeu coodictio indebiti. ℞. Ceſſare 1. Quando ex cauſa jurisjurandi aliqoid ſolutum fuerit, eſto poſtea conſtiterit, nullam obligationem fuiſſe. Ratio eſt, quia tale juramentum habet vim transactionis, & poteſt ſine ſalutis diſpendio ſervari. 2. Si ſine dolo fuerit transactum. *l. 65. §. 1. ff. h. t.* [Et quidem quod transactioois nomine datur, licèt res oulla media fuerit, non repetitur.] 3. Quod ea cauſa judicati ſolutum eſt, meritò negatur in foro externo repetitio, ut finis litium ſit, & quia per ſententiam, à qua oon eſt appellatum, adeoque tranſit io rem judicatam, ſaltem in foro exteroo incipit haberi pro debito, quod priùs erat indebitum. imò etiam probabiliter in foro interno, ob ſupremam poteſtatem ejuſque dominium altum, & quia expedit Reipublicæ, in hujuſmodi caſibus dominium rei ſolutæ eſſe irrevocabile. 4. Repeti nno poteſt, quod ſolvit aliqnis, etſi inoocens, ſed dubius, ex tali cauſa, in qua ſi negans cooviuceretur, graviùs damnaretur. & hoc ſibi volt textus in §. 7. *Inſt. de obl. quæ quaſi.* [Ex quibuſdam tamen cauſis repeti non poteſt, quod per errorem non debitum ſolutum ſit: nam definierunt veteres, ex quibus cauſis inficiádo lis creſcit, ex iis cauſis non debitum ſolutũ repeti non poſſe, veluti ex lege Aquilia.] Ratio eſt, quia ità ſolvens ad declinandum periculum videtur traoſigere voluiſſe. 5. Quod ſolutum eſt ex cauſa pietatis, ex qua putabatur debitum, cùm non deberetur, io favorem cauſæ piæ non repetitur. *l. 32. §. 2. ff. h. t.* [Mulier ſi in ea opinione ſit, ut credat ſe pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit, ſublatâ enim NB. falſâ opinione relinquitur pietatis cauſa, ex qua ſolutum repeti non poteſt.] Nempe præſumitur velle donare ex pietate, caſu quo fortè non teneretur ſolvere.

1158. QUÆRITUR 7. Si quis ſolvat deſacto id, qood necdum abſolutè debet, quia debitum eſt conditiooatum ſub conditione incerta de futuro, v. g. *cum Doctor creabor: cùm uxorem duxero.* an poſſit ante eventum conditionis ſolutum repetere. ℞. affirmativè *l. 16. ff. h. t. Sub conditione per errorem ſolutum pendente conditione repetitur.* Idem eſt ſi debitum erit in diem, ſed incertum, quia in rei veritate eſt debitum conditionale, pendens ab eventu & conditione incerta.

Aliud eſt, quaodo cooditio eſt certò futura, vel dies certò eveoturus. Ratio eſt, quia jam deſacto eſt contracta abſolutè obligatio & debitum, eſto necdum urgeat tempus ſolvendi, & habetur in l. 17. & 18. ff. h. t. [Nam ſi, *cùm moriar*: dare promiſero, & antea ſolvam, repetere me noo poſſe Celſus ait, quæ ſententia vera eſt. Quodſi eâ cooditione debetur, quæ omoimodè extitura eſt, ſolutum repeti noo poteſt, licèt ſub alia conditione, quæ, an impleatur incertum eſt, ſi antè ſolvatur, repeti poſſit. Occaſione hujus

1159. QUÆRITUR ulteriùs 8. An tali caſu quo repeti ſolutum ante adveotum temporis debiti non poteſt, poſſit ſaltem repeti interuſurium, hoc eſt, emolumeotum, quod ex re ſoluta interim percipitur. Tam negativa quàm affirmativa habet pro ſe graves auctores. quos refert Harpprecht negativæ ſobſcribens in §. 1. *I. Quib. mod. re. à n. 28.* Sed claro juris textu neutra probari poteſt, ſolis rationibus agitur: quæ quia non incommodè tam ab una quam ab alterâ parte diſſolvi poſſunt: Ceoſeo eſſe æquitatem atteodendam, eámque ſtare pro parte affirmante.

Probatur itaque affirmativa ſenteotia (quæ eſt communior & æquitati veriſimilior) ex regula generali quæ eſt 206. de R. I. Iure naturæ æquum eſt, neminem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem. atqui locupletaretur creditor cum jactura & injuria debitoris, ſi ultra rem debitam etiam emolumenta oon debita retinere poſſet. Omitto alias rationes, quæ niſi ad hanc referantur, nihil probant. Minor autem probatur. ſi enim non acciperet plus quàm ſibi debetur, poſſet interuſurium petere etiam antequam res ipſa debita ſolvatur: hoc autẽ eſt inauditum & vel exinde abſurdum, quòd dies adjiciatur io favorem debitoris, & non creditoris: nempe ut interuſurium ad ipſum pertineat debitorem.

Hinc facilè ſolvitur argumentum principale ſeotentiæ negativæ, & eſt hoc. Acceſſorium ſequitur principale: atqui ioteruſurium eſt acceſſorium rei principalis. ℞. Negando minorem: ſi enim hoc verum eſſet, tunc, ut jam dixi, ſicut res principalis debet in diem ſolvi, ità uſuram teneretur debitor medio tempore ſolvere, etiam caſu quo ipſam rem principalem primùm io ipſa die cooſtituta ſolveret. Non eſt ergo acceſſorium, quia ob diei dilationem eſt debitori reſervatum.

1160. QUÆRITUR 9. Si quis dolo inductus eſt ad aliquod debitum contrahendum, ſi deiode tale debitum ſolvat, poſſit illud repetere. Ratio dubitandi eſt, quia dolus non impedit, quominus v. g. promiſſio valeat, quamvis ad inſtantiam debitoris eſſet contractus reſciodeodus. Nihilominus ℞. Affirmativè. Probatur. Quicunque habet exceptionem perpetuam, poteſt ſolutum repetere. *l. 40. ff. h. t.* atqui dolo deceptus habet exceptionem perpetuam, & quidem conceſſam in favorem debitoris (nam alioqoin ſi eſſet merè in odium creditoris non repeteret, & ideo filiusfam. non poteſt repetere ſolutum mutuum)

Digitized by Google

tuum,) ut habetur in eadem lege ergo, &c. & habetur in l. 7. pt. *ff. de condict. ea. da. Nerva & Attilicinus reſponderunt, quoniam putâſſet quidem deberi pecuniam, ſed exceptione doli mali tueri ſe potuiſſet, ipſum repetiturum.*

1161. QUÆRITUR 10. Quando is, qui verè debitor eſt, in judicio conventus abſolvitur, & ſententia tranſit in rem judicatam, ſi tamen poſt talem ſententiam ſolvit, eò quòd audiat ab aliquo Theologo, quòd adhuc maneat in conſcientia obligatus (prout habetur §. 5. *Inſt. de exceptionibus*) an poſſit ſolutum, tanquam indebitum repetere. Affirmat Donellus. Sed negativa eſt vera. Ratio eſt, quia quod ſolvitur ex obligatione naturali, repeti non poteſt. ſed, ut ſupponitur in quæſtione, error Iudicis in ſententia non tollit obligationem naturalem, & habetur in lege 28. *ff. de condict. indeb. Iudex ſi malè abſolvit, & abſolutus ſuâ ſponte ſolverit, repetere non poteſt. & l. 60. ff. eod.* [Julianus verum debitorem poſt litem conteſtatam manente adhuc judicio negabat ſolventem repetere poſſe: quia nec abſolutus, nec condemnatus repetere poſſet. Licèt enim abſolutus ſit, naturâ tamen debitor permanet.] Quid clariùs dici poſſet?

Objicit Donellus 1. Qui juſtè abſolutus eſt, quique non debuit, ſolutum repetere poteſt: atqui omnis qui abſolutus eſt, perinde habetur poſt rem judicatam, quaſi juſtè abſolutus eſſet, & quaſi non deberet, cùm res judicata inter eos, inter quos acta eſt, pro veritate habeatur. ℞. Minorem eſſe veram quamdiu non conſtat de falſitate & iniquitate ſententiæ, ſeu quod idem eſt, quamdiu non conſtat de naturali obligatione remanente poſt ſententiam.

Objicit 2. Qui habet exceptionem perpetuam, quæ non ſit odioſa, ſufficit, ut talis habeat condictionem indebiti: atqui qui in judicio abſolutus eſt, habet pro ſe exceptionem perpetuam, nempe exceptionem rei judicatæ. Ergo poteſt ſolutum repetere. ℞. Diſtinguendo majorem. Si illa exceptio perpetua perimat & excludat etiã obligationem naturalem, conceditur, ſecùs negatur. Ratio eſt, quia contra talem ſi agat, & velit condicere indebitum, habet alter cui ſolutum eſt, exceptionem perpetuam fundatam in obligatione naturali, & dicet repetenti: non potes repetere, quia non obſtante re judicatâ manſiſti naturaliter obligatus.

1162. QUÆRITUR 11. Si Petrus debeat Paulo, ſed Sempronius illud debitum ſolvat, an Sempronius poſſit ſolutum tanquam indebitum repetere. Si verba legum ſpectentur, videri poſſent eſſe contrariæ, & ità viſæ ſunt Budæo, ſed ne leges antinomiæ, aut iniquitatis arguantur, diſtinctione conciliandæ ſunt cum Donello, Hunnio, & aliis. ℞. Ergo 1. Si Sempronius ſolvit nomine Petri, & eâ intentione, ut liberet Petrum, non eſt locus condictioni. Ratio eſt manifeſta, quia nullo errore ductus ſolvit, & quidem verum debitum, & ſecundùm Iura licet ſolvere pro alio. Hoc modo eſt intelligenda lex 44. *ff. h. t. Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum recepit, tametſi ab alio quàm vero debitore ſoluta eſt. & lex 5. C. de petitione hæreditatis.* [De hæreditate, quam bonâ fide poſſidebas, ſi contra te pronuntiatum eſt, in reſtitutione ejus detrahetur, quod creditoribus ejuſdem hæreditatis exſolviſſe te bonâ fide probaveris: nam repeti à creditoribus, qui ſuum receperunt, non poteſt.] Nempe; tametſi mulier putans ſe hæredem videri poſſet ſuo nomine ſolviſſe, quia tamen ſolvit, ut hæres, reverâ primaria intentio fuit illius nomine ſolvere, quicunque hæres eſſet, ità tamen ut ſolutum ex reſtituenda hæreditate detraheretur.

℞. 2. Si verò per errorem ſolvit ſuo nomine, putans ſe Sempronium debere Paulo, poteſt ſolutum repetere condictione indebiti, ex errore ſoluti. *l. 65. §. fin. ff. h. t.* [Indebitum eſt, non tantùm quod omnino non debetur, ſed & quod alii debetur, ſi alii ſolvatur, aut ſi id quod alius debebat, alius, quaſi ipſe debeat, ſolvat.] & *l. 19. §. 1. ff. eod.* [Quamvis debitũ ſibi quis recipiat tamen ſi is qui dat, non debitum dat, repetitio competit, velut ſi is, qui hæredem ſe, vel bonorum poſſeſſorem falſò exiſtimans creditori hæreditario ſolverit: hic enim neque verus hæres liberatus erit, & is quod dedit repetere poterit. Quamvis enim debitum ſibi quis recipiat, tamen ſi is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit.] Hæc lex, ut ingenuè dicam, difficulter cum lege 5. *C. de hæred. pet.* recitatâ conciliabitur, ut legenti patet, niſi dicamus, quòd in caſu legis 19. putans quidem ſe hæredem eſſe, ſed cum aliqua formidine, ſolverit, adeoque ſub tacita conditione, ſi ipſe hæres reverâ ſit. quâ conditione deficiente poterit ſolutũ repetere, ut per ſe clarum eſt.

1163. QVÆRITVR 12. Si Petrus debet Paulo disjunctivè ſeu (ut Iura loquuntur) alternativè unum ex duobus, ità ut electio ſit penes Petrum in ſolvendo, is verò errore ductus quaſi deberet copulativè, utrumque ſolverit, quæritur, inquam, an quando condicit indebitum, electio ſit penes Petrum, an penes Paulum, quodnam ex ſolutis reſtitui debeat. Ex Digeſtis aliquæ leges afferri poſſunt, quæ videntur electionem tribuere Paulo creditori. quas leges varii variè explicant, & ſunt lex 26. §. 13. & lex 21. *ff. h. t.* Verùm quæcunque ſit mens ICtorum Pauli & Vlpiani in illis legibus, ſtandum eſt legi 10. *C. eod.* Ubi Imperator litem inter JCtos dirimit, ità ſcribens. [Si quis ſervum certi nominis, aut quandam ſolidorum quantitatem vel aliam rem promiſerit, cùm licentia ei fuerat, unum ex his ſolvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit, dubitabatur, cujus rei daretur à legibus ei repetitio, utrumne ſervi an pecuniæ, & utrum ſtipulator, an promiſſor habeat hujus rei facultatem. Et ut Vlpianus quidem electionem ei præſtat, qui utrumque accepit, ut

hoc

hoc reddat, quod ſibi placuerit, & tam Marcellum quàm Celſum ſibi conſormantes refert. Papinianus autem ipſi qui utrumque perſolvit, electionem donat, qui & antequam dependat ipſam, habest electionem quòd velit præſtare, & hujus ſententiæ ſublimiſſimum teſtem adducit Salvium Iulianum ſummæ auctoritatis hominem, & prætorii edicti perpetui ordinatorem, nobis hæc decidentibus Iuliani & Papiniani ſententia placet, ut ipſe habeat electionem recipiendi, qui & dandi habuit.] In hac lege continetur efficax ratio hujus ſententiæ. Nempe ante ſolutionem habuit ſolvens electionem: ergo hoc jus eligendi non perdit per errorem, ex regula generali, quòd error facti non debeat nocere.

Objici poſſet alia regula generalis, quòd electio ſit debitoris: atqui is cui ſolutum eſt, quando convenitur condictione indebiti, gerit perſonam debitoris: ergo ipſius eſt electio. ℞. tranſeat major (quæ non eſt univerſaliter vera, poteſt enim ſtipulator ipſam electionem ſibi ſtipulari) diſtinguo minorem: eſt debitor qui per alterius errorem ex creditore factus eſt debitor, concedo, aliter nego minorem, & conſequentiam: itaque convenitur tanquam creditor de præterito, cui electio non competebat.

1164. QVÆRITVR 13. An hæc actio condictitia detur etiam hæredi & contra hæredes. ℞. affirmativè. *l.* 12. *ff. h. t.* [Si fundi mei uſumfructum tibi dedero, falsò exiſtimans, me eum tibi debere, & antequam reperam deceſſerim, condictio ejus ad hæredem quoque meum tranſibit.] Quòd etiam adverſùs hæredes accipientis detur, conſtat ex regula generali, quòd hæres iiſdem obligationibus teneatur, quibus defunctus.

1165. QVÆRITVR 14. Cuinam competat hæc Condictio, domino an procuratori, ſi procurator indebitum ſolvit: item contra quem ex illis competat, ſi procurator accepit. ℞. vel dominus ratum habuit actum procuratoris, Vel non. Si primum, competit domino, & adverſùs dominum: ſi ſecundum, procuratori & adverſùs procuratorem competit. *l.* 6. *ff. h. t.* [Si procurator tuus indebitum ſolvit, & tu ratum non habeas, poſſe repeti Labeo ſcripſit, quod ſi debitum fuiſſet, non poſſe repeti, Celſus: ideo, quoniam cùm quis procuratorem rerum ſuarum conſtituit, id quoque mandare videtur, ut ſolvat creditori, neque poſtea exſpectandum ſit, ut ratum habeat. Idem Labeo ait, ſi procuratori indebitum ſolutum ſit, & dominus ratum non habeat, poſſe repeti. Celſus ait eum qui procuratori debitum ſolvit, continuò liberari, neq; ratihabitionem deſiderari. Quod ſi indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandâſſe videretur. & ideo ſi ratum non habeatur, à procuratore repetendum.]

1166. QUÆRITUR 15. Si res indebita ſoluta non ampli' exſtet, quid tunc hac actione repetatur. ℞. Peti æſtimationem illius, quantùm ex re alienata locupletior factus eſt qui accepit. *l.* 26. §. 12. *ff. h. t.* ibi. [Sed hæ, inquit Celſus, operæ recipiunt æſtimationem, & interdum licèt aliud præſtemus, aliud condicimus, ut puta fundum indebitum dedi, & fructus condico: vel hominem indebitum, & hunc ſine fraude modico diſtraxiſti: nempe NB. hoc ſolùm refundere debes, quod ex pretio habes.]

QUÆRITUR 16. An ſicut ſuprà diximus fructus eſſe reſtituendos, ità etiã uſuræ, ſeu fructus civiles aut merè induſtriales? ℞. negativè. *l.* 1. *C. h. t.* ibi. [Vſuras autem ejus ſummæ præſtari tibi fruſtra deſideras. actione enim condictionis ea ſola quantitas repetitur, quæ indebitè ſoluta eſt.

1167. QVÆRITUR. 17. Si plures ſolverint indebitum v. g. uterque ex correis ſeu confidejuſſoribus ſolveret totum, cùm beneficio diviſionis tantùm teneatur ad dimidium, an poſſit ſolutum indebitum repetere. ℞. cum diſtinctione. ſi enim uterque ita ſolverit, ut non conſtet quis eorum prior ſolverit, quilibet eorum poteſt repetere dimidium indebitè ſolutum. Si verò unus poſt alterum, tunc, quia poſterior ſolus indebitum ſolvit, ſolus ipſe repetet. Prima pars reſponſionis habetur arg. legis 26. § *fin. ff. h. t.* [Si duo rei, qui decem debebant, viginti pariter ſolverint. Celſus ait ſingulos quina repetituros, quia cùm decem deberent, viginti ſolviſſent, & quod amplius ambo ſolverint, ambo repetere poſſunt.] Altera pars habetur arg. legis 25. *ff. eod.* [Cùm duo pro reo ſolviſſent decem, deinde reus tria ſolviſſet, & poſtea fidejuſſores quina (*hoc eſt ſinguli, adeoque decem copulativè*) placuit eum, qui poſterior ſolvit, repetere tria poſſe. Hoc meritò. quia tribus à reo ſolutis ſeptem ſola debita ſupererant; quibus perſolutis tria indebita ſoluta ſunt.]

1168. QUÆRITUR 18. An poſſit huic actioni à ſolvente cum effectu renuntiari. Negat Harprecht, citans AA. ſed immeritò dicens eſſe magis receptam hanc ſententiam, cùm oppoſitum non pauciores, & niſi fallor ſanioris judicii DD. tradant, & mihi etiam magis probatur, quia talis renuntiatio nec juri poſitivo, nec naturali repugnat. utrumque oſtendo ſolvendo argumenta.

1169. Objiciunt ergo. 1. Legem ultimam §. 3. ff. h. t. ubi quæritur: [an pactum quod in paristionibus (*id eſt ſolutionibus & computationibus debitorum*) adſcribi ſolet, ex *hoc contractu nullam inter ſe controverſiam ampliùs eſſe*, impediat repetitionem. Reſpondit, nihil proponi, cur impediret.] Reſpondeo, ſenſum eſſe, quòd ille cui ſolutum eſt, non poſſit ampliùs movere litem circa computum, quem ſemel approbavit. Non autem intendit ſolvens ſibi auferre poteſtatem

repetendi, ſi fortè conſtaret,ſe indebitumſolviſſe. Neq; tamen hæc lex negat, quòd ſi vellet & huic Iuri renuntiare, poſſet.

Objicit Harppretcht 2. & nititur Ratione. Sicut per errorem indebitè ſolvitur, ità & indebitè renuntiatur. Sed quæſo, quomodo vir doctus hoc dicere potuit? indebitè ſolvitur,quia putatur eſſe debitum. indebitè hoc eſt, non ex debito renuntiatur abſque errore, quia benè ſcit, ſe habere jus repetendi,ſed quia eſt dominus hujus juris, vult illo cedere.

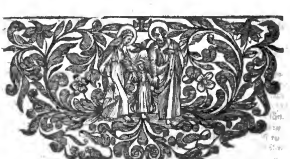
Pergit. Nemo intelligitur renuntiare jure ſuo, quod vel ignorat ſibi competere, vel dubitat. Quaſi verò! an non hoc fit in Tranſactione?

1170. QVÆRITVR 19. An qui ſolvit indebitum, per errorem transferat dominium. Dico *per errorem*. nam qui invitus ſolvit uſurario uſuras injuſtas, non transfert, quia non habet animum transferendi.

Reſpondetur ex communi omnium DD. affirmativè, nam hoc ſupponitur in hac actione, quia ad hoc agitur, ut dominium redeat ad eum qui ſolvit: quodſi dominium translatum non eſſet, non haberet opus condictione indebiti,ſed Rei vindicatio competeret, ſaltem tunc quando rem ſuam dediſſet.

Dices. Qui per errorem ſolvit, non videtur habere niſi animum conditionatum transferendi dominium,nempe ſi reverà debeat. ergo deficiente conditione non transfertur dominium. ℞. Etſi ex natura rei fortaſſis ità ſe res haberet,quia tamen infinita incommoda ſequerentur, ſi in omni ſolutione hæc conditio ſubeſſet, adeoque nunquam transferretur dominium abſolutè, ſed ſemper maneret in ſuſpenſo, donec metaphyſicâ certitudine appareret, id quod ſolvitur verè deberi, rectè jura volunt transferri dominium, & quia ſolvens vult primariâ intentione ſolvere eo modo & efficaciâ, quâ jura volunt, ideo vult & ipſe implicitè transferre dominium, ſed revocabile vel in ſe, vel in æſtimatione, ut hactenus explanatum eſt.

FINIS TOMI QUARTI.



SYNO-

SYNOPSIS ALPHABETICA TOMI QVARTI.

In qua Numerus Major ſeu Romanus, Tractatum, Minor verò Numerum Initialem indicat.

A.

Addictio in diem.

ESt Conditio reſolutiva Contractûs celebrati, ſi intra certos dies alius meliorem conditionem fecerit, offerendo v.g. plus pretii. 180. Sed de hac vide: *Emptionis Reſolutio ex addictione in diem.*

Ad exhibendum actio.

Eſt actio mixta, tendens ad hoc, ut res exhibeatur, ut cognoſci poſſit, an in illa jus aliquod habeamus. 1143

Competit omni illi, cujus intereſt, rem exiberi, & eſt præparatoria ad Rei vindicationem. 1144

Datur quandoque contra ipſum dominum. eod. ubi exemplum.

Veniunt res ſolùm mobiles & occultabiles. 1145.

Datur contra quemvis detentorem, etiamſi non poſſideat. 1146

Si reus conventus non exhibeat, juratur in litem, quantùm intereſt fuiſſe exhibitam. 1147

Ædilitium Edictum.

De hoc vide. *Emptionis Reſolutio ex Ædil. Edicto.*

Æſtimatoria Actio.

De hac (quæ etiam *Quantò minoris dicitur*) vide: *Emptionis reſolutio ex Ædilitio Edicto.*
Chriſt. Haun. de Juſt. Tom. IV.

Æſtimatorius Contractus.

Eſt bonæ fidei innominatus, ex quo naſcitur actio Præſcriptis verbis, illi competens, qui rem aliquam alteri vendendam committit æſtimatam, hac lege, ut vel rem ipſam integram, vel ejus æſtimationem reſtituat. 1065

Si ille, cui res committitur, rogavit, cenſetur periculum caſûs fortuiti in ſe recipere, ſecùs, præſumitur ſolam operam & communem diligentiam promiſiſſe. Hujuſmodi ſunt *Stationariæ.* 1066

Antichreſis.

Pactum Antichreſis eſt Pactum pignoris contractui adjectum, quo inter creditorem & debitorem convenit, ut donec pecunia ſolvatur, creditor ex fundo pignorato in vicem uſurarum fructus percipiat. 918.
Eſt Iure Canonico prohibitum. eod.

Aquiliana Stipulatio.

Quomodo per eam fiat Transactio, vide. *Transactio.*

Arreſtum.

Non eſt ſpecies Depoſiti ſicut Sequeſtrum. nec fit Cuſtodiæ causâ, nec tantùm exercetur in rem, ſed etiam in perſonam, & in rem non litigioſam. 810

Digitized by Google

Aſſecurationis Contractus.

Eſt contractus, quo periculum ſuſcipitur rei alicujus pro pretio aut Intereſſe alio, bonæ fidei, innominatus, ſolo conſenſu initus. 1093

Pretium non conſiſtit in indiviſibili: & jam ex diverſo rei valore, quàm ex diverſo periculo creſcit & decreſcit. 1094

Sufficit ut aſſecurans in ſe recipiat periculum, etiamſi nullam aliam operam exhibeat 1095

Sufficit etiam, ſi ex hominum opinione ſubſit periculum, etiamſi à parte rei nullum ſit. 1096

Non valeret tamen ſi aſſecuranti conſtaret de nullitate periculi, vel aſſecurato de rei interitu. 1097

Si ſit deſignata certa pars aſſecuranda, ſi illa pars pereat, tenetur aſſecurans, etiamſi altera ſalva maneat. Si nulla pars deſignatur, ſed indeterminatè aliqua quantitas aſſecuretur pereunte toto, tenetur ad partem aſſecuratam. Secùs ſi tanta quantitas ſalva eſſet, quanta aſſecurata eſſet, tunc enim ad nihil teneretur. 1098

Qui aſſecuraret merces quaſi illatæ eſſent, & non ſunt illatæ, & navis periret, ad nihil teneretur. 1099

Poteſt aſſecurari vita alicujus ad tempus. 1100. Ubi vide exemplum.

B.

Bancarii.

Vide *Nummularii.*

Bonæ Fidei Contractus.

Alii ſolo Conſenſu perficiuntur, alii Re. Prioris generis ſunt Emptio Venditio, Locatio Conductio, Societas, Mandatum. Ex his celeberrimus eſt Emptio Venditio. 1.

Ex eo quòd ſolo conſenſu perficiantur, malè infert Giphanius, eſſe nudum pactum prout hoc opponitur Contractibus: dicuntur tamen nudum pactum, quatenus nec verborum ſolennitatem, nec ſcripturam, nec traditionem ad ſubſtantiam requirunt. 2.

C.

Cambium.

Contractus Cambii eſt ſpecies Permutationis, adeoque Contractus innominatus; & eſt Pecuniæ cum pecunia permutatio, ità quidem, ut ſtatim transferatur pecuniæ primo loco ſolutæ dominium, in quo differt ab Emptione. 369. ubi vide ejus differentias à Mutuo: & explicationem variorum terminorum huc ſpectantium.

Litterarum Cambii periculum eſt Campſoris, & hoc ſenſu gerit perſonam Mutuantis. 372

Quando Contractui deeſt titulus realis, & tantùm eſt apparens, vocatur Cambium Siccum, quia eſt Uſurarium, & opponitur Reali. 373

Cambium Reale dividitur in Cambium *Manuale* ſeu *Minutum*, quando commutatur pecunia præſens minùs bona cum meliore. & in Cambium *Locale*, ſeu *Per litteras*. quando commutatur præſens pecunia cum abſente. 374

Quando Campſor ſolvit pecuniam præſentem, ut reddatur alibi ſuo correſpondenti, ſolet fieri inſtrumentum publicum. Quando verò Campſarius ſolvit prior Campſori, accipit à Campſore literas ad correſpondentem, ut ſolvat, & in rationes referat. 375. & ſeqq. ubi variæ utilitates Cambii recenſentur.

Cambium Manuale juſtificatur ex pluribus titulis, ut Campſor aliquid accipiat ampliùs quàm dat. 1. Lucrum ceſſans, damnum emergens. 2. Officium cambiendi à Magiſtratu impoſitum. 3. Labor in numeranda pecunia. 4. Qualitas monetæ. Denique periculum valoris variandi. 379. & ſeqq.

Cambii Localis primus titulus eſt æſtimatio virtualis tranſlationis pecuniæ in alium locum. quò pertinet titulus aſſecurationis. 384. Secundus. Minor valor pecuniæ, qui titulus eſt controverſus. 385. & ſeqq.

Cambium locale ex titulo virtualis trajectionis etiam licitum eſt, quando Campſor hìc prior ſolvit. 390

Neque redderetur illicitum, etiam ſi Campſori commodum eſſet, alibi ſibi ſolvi. 392

Ad defendendam praxim quâ plus accipitur titulo longioris dilationis ſolutionis, præſumendum eſt, ſemper ſubeſſe alios titulos, & quoad hoc credendum Campſoribus & Mercatoribus ob longam experientiam. 394

Cambium cum Recambio quomodo fieri ſoleat, variè figuratur à n. 395. quo fit, ut in effectu debitum in eo loco ſolvatur, ubi contractum eſt, & quidem cum lucro.

Hujus-

Hujuſmodi Recambium eſſet ſiccum & illicitum, ſi Campſor ſciret, petentem pecunias alibi ſolvendas cum lucro cambii, non habere in illo alio loco pecunias, neque etiam aliquem ibi eſſe, qui ſuo nomine ſit ſoluturus, adeoque reipsà conſtituiſſe pecuniam cum lucro ſolvere in loco ubi eas accepit. 400

Quodſi Campſor bonâ fide proceſſiſſet, Campſarius verò ſubdolè ſimulâſſet, ſe alibi ſoluturum, teneretur Campſori ad lucrum ceſſans, & damnum emergens, poſſetque Campſor lucrum Cambii exigere. eod. ubi vide plura corollaria.

Si Petro volenti accipere Romæ 1000. ad Cambium Placentiæ ſolvendum, & dicenti ſe Placentiæ nullas habere pecunias, dicat Campſor abſque dolo, ſed ad gratificandum, ſe ibi perſonaliter daturum 1000. ad novum Cambium cum lucro Cambii Romæ ſolvendos, & quibus Placentiæ extinguatur primum cambium, manente debito tum primi cambii, tum 100. cum lum lucro ſecundi cambii Romæ ſolvendorum, eſſet licitum. 403. & ſeqq. ubi vide ſimiles caſus.

Non eſſet tamen licitus cambiendi modus, quo Ioannes vel ejus procurator Antonius vellet Placentiæ creditum ipſius Petri Romæ contractum, transferre in Petrum ad novum Cambium Romæ ſolvendum, quo tamen Petrus extingueret primum cambium, ſed inſuper lucrum ex duplici cambio ſolvere teneretur. 408

Ad varias argutias ſecurè indicandas regula eſt: ſi illud, quod in hujuſmodi modis & pactis cambiendi per virtuales & implicitos terum conceptus involvitur, in explicitos reſolvatur. tunc enim ſi appareat, quòd in rei veritate idem ſit, ſcil. Petrus promitteret Ioanni ſolutionem ſortis Romæ cum duplici lucro cambii, eſt contractus Vſurarius. 409

Simpliciter & abſolutè non eſt improbandum Recambium, ſeu Cambium cum recurſu, quamvis in praxi ſit admodum periculoſum, & diſſuadendum. 410. & ſeq.

In Bulla Pii V. prohibetur, ne fiat pactum de certo & determinato intereſſe, etiam in eventu quo ſors non fuerit ſoluta. Nec valeret contractus etiamſi omnis fraus abeſſet, & taxatio ad æqualitatem periculi fieret: quia lex annullat. 414

Cambia realia præcipiuntur ut fiant ad proximas nundinas. 416. ubi vide limationem & caſum.

Non eſt tamen prohibita dilatio ad remotiores nundinas, quando Campſor prior dat pecunias. 418

Diſtantia loci obſervanda eſt, ut terminus competens ſit ad ſolutionem faciendam. 419

Non licet Campſori deducere in pactum, ultra juſtum pretium, ut caſu quo Campſarius debito loco & tempore non ſolverit, teneatur eandem ſummam ad recambium, huiuſque novum lucrum accipere, niſi accedat titulus alius. 424

Quando ex pacto non debentur lucra & proviſiones niſi finito cambio & extincto toto debito, tunc non poſſunt illa lucra intermedia in ſortem adjici ad recambium, cùm necdum eorum ſolutio debeatur. quando verò debentur ſtatim finito primo cambio, poſſunt ad recambium dari. 425

Non tenetur Campſor ſolutionem ſortis acceptare non ſoluto Cambiorum intereſſe. 427

Habet praxis inveterata mercatorum, quâ pro ſingulis centenariis ſcutis debetur tertia pars ſcuti, ſecundùm monetâ de qua ſolvitur Cambium: quæ quo fundamento defendi poſſit, vide n. 429

Si Campſor ex officio cambiat, non eſt illi licitum adigere campſarium, ut, dum mallet ad locum vicinum, accipiat cambium ad locum remotiorem: ſecùs dicendum, ſi ſponte exerceat. 430

Cenſus.

Cenſus hoc loco eſt Ius percipiendi annuam penſionem ex re vel perſona alterius. 287

Differt ab Emphyteuſi, quòd dominium tam directum quàm utile fundi maneat penes debitorem ſeu Cenſuarium. eod.

Item differt, quòd Cenſuarius non ſolvens non incidat in commiſſum, ſicut Emphyteuta. 288

Differt denique, quòd Cenſuarius poſſit rem cenſu affectam vendere irrequiſito domino cum onere tranſeunte ad emptorem, nec debeat ſolvere laudemium. Et ideo in dubio cenſetur contractus eſſe potiùs cenſualis quàm Emphyteuticus. 290

Dividitur in Reſervativum, & Conſignativum. Prior eſt, quando quis ſuum fundum pleno jure in alium transfert, reſervatâ ſibi annuâ penſione, & eſt potiùs contractus innominatus aut Permutatio, cui poteſt apponi pactum commiſſorium. Poſterior eſt, cùm quis alteri conſtituit ac deſignat jus percipiendi annuos reditus ex re ſua, & quia communiter conſtituitur emendo pro certa pecunia, ideo hic contractus eſt Species Emptionis: cui tamen non poteſt adjici pactum commiſſorium hoc ſenſu, ut cenſuarius amittat dominium non ſolutâ penſione. quia creditor ſeu emptor non transfert dominium in cenſuarium, & dat pre-

longè minus quàm valet res cenſita. 291

Cenſus Conſignativus dividitur in Realem & Perſonalem. Prior conſtituitur in re certa ex qua penſio ſolvenda, quæ rem comitatur ſicut ſervitus. Poſterior conſtituitur in perſona obligante ſe ad annuam penſionem, abſque reſpectu ad aliam rem ex qua ſolvatur: quamvis pro ſecuritate poſſit adjici hypotheca in re certa, quâ tamen pereunte non perit cenſus: quod ſi Cenſuarius aliunde fieret impotens ſolvere, cenſus ex re hypothecata peteretur, & ideo eſt Cenſus mixtus. 292

Pereunte re cenſitâ perit cenſus. Si res cenſita tertio venderetur, non venditor, ſed emptor conveniendus eſſet. 293

Subdividitur 2. in Cenſum fructuarium, h. e. jus exigendi fructus, & pecuniarium. Vterque iterum ſubdividitur in Cenſum quoad quantitatem rei ſolvendæ certum, & incertum, h. e. ut ſolvatur pars aliquota, v. g. tertia pars fructuum. Subdividitur denique in Perpetuum ac Temporalem, qui aliquando eſt Vitalitius. Perpetuus iterum ſubdividitur in redimibilem, & irredimibilem. 294

Si nihil eſt expreſſum, præſumitur eſſe irredimibilis, niſi ex circumſtantiis appareat alia intentio. 295

Cenſus temporalis ad breve tempus conſtitutus, inter mobilia cenſetur, ſecùs inter immobilia: quamvis conſuetudo aliquorum locorum habeat, ut omnes cenſus redimibiles inter mobilia numerentur. 296

Cenſuum emptio cum certis conditionibus approbatur à Pontificibus. 297. & ſeqq. ubi refertur difficile argumentum quo probari poteſt, eſſe uſurarium, & variæ minùs efficaces ſolutiones.

Quamvis Ius Cenſualiſtæ ſit ad fructus in tempus indefinitum, & ſic contingere poſſit, ut tandem longè plus percipiatur, quàm fuerit pretium, æſtimatio tamen horum fructuum recipit limitationem ex multis capitibus, maximè ex periculo amittendi cenſum re pereunte, aut infructuosâ redditâ. 302

Vbi Bulla Pii V. recepta eſt, Cenſus perſonales non ſunt liciti. Iure naturæ ſpectato vix continget, ut non excuſetur hujuſmodi cenſus ab uſura ex aliquo titulo. 305

Non eſt Cenſus Perſonalis prohibitus, quo penſiones ſucceſſivè ſolvendæ non excederent pretium ſimul ſolutum: cùm habeat potiùs rationem beneficii. 306

Cenſus merè perſonalis, cujus pretium non adæquat cumulum penſionum, eſt Iure naturæ illicitus abſentibus omnibus titulis excuſantibus ab uſura. 307

Et hoc non ſolùm eſt verius loquendo de Cenſu perpetuo & irredimibili, ſed etiam de perſonali ad certum tempus. non tamen procedit de temporali ad tempus incertum, v. g. ad vitam Emptoris, vel Venditoris. 308

Poteſt ex hoc fundamento defendi Contractus quidam à nonnullis DD. immeritò reprobatus, qui refertur n. 309

Quando ex accidenti fortuito valor cenſus decrevit, poteſt minori pretio redimi ab ipſo venditore, quo poſſet ab alio tertio emi, etiamſi hoc à principio non fuerit in pactum deductum. 310

In Bulla videtur ſolùm illa variatio pretii eſſe prohibita, quæ gravis eſſet primo venditori, non autem quæ per retrovenditionem illi eſſet favorabilis. 312

Probabile eſt, quòd, ſi Cenſûs juſtum pretium fuit v. g. 1000. fl. & emit Petrus à Paulo 800. percepitq; fructus ſeu penſiones annuas 50. per 4. annos, teneatur Paulo non ſolùm reſtituere 200. tanquam defectum juſti pretii, ſed inſuper partem penſionum reſpondentium 200. fl. nempe 40. fl. ſpeculativè probabilius eſt oppoſitum. 314

Conſequenter etiam verius eſt, ſi econtrario pretium fuit majus juſto pretio, venditor non teneatur niſi ad reſtituendum pretii exceſſum, & intereſſe, nihil tamen ratione fructuum, quos emptor percipere potuiſſet ex prædio valente illud majus pretium. 315

Cenſûs Liciti Conditiones.

Quoad Conditiones in Bulla Pii V. requiſitas, & quæ non ſint Juris naturalis aut divini, obligat Bulla eatenus, quatenus eſt recepta. Non eſſe autem ubique receptam tradunt plures DD. quos vide n. 316

Conditiones in Bulla requiſitæ ſunt habendæ pro ſubſtantialibus, ſine quibus nec in conſcientia naſcatur obligatio. 318

Requiruntur autem ſubſtantialiter ſolùm in illis Cenſibus, in quibus contractus eſt utrinque oneroſus & ſynallagma continens. 319

Prima ergo conditio eſt, ut conſtituatur in re immobili certa & fructifera, vel quæ inter immobilia numeratur. 320

Poteſt in cenſu irredimibili alius cenſus conſtitui in cenſu redimibili tunc ſolùm, ſi hujus reflexi cenſûs venditor ſe obliget, caſu quo prior cenſus redimatur, quòd velit cenſum conſtituere ſuper alia re immobili frugifera. 320

Per hoc quòd Pontifex requirat rem certis finibus determinatam, non excluditur cenſus ſuper rebus pluribus, modò illæ exiſtant, & ſint deter-

determinatæ. Excluditur tamen cenſus conſtitutus in omnibus bonis præſentibus & futuris. Item excluditur cenſus in omnibus bonis præſentibus ſub terminis generalibus, non enumerando res ſingulas eo modo quo enumerantur, quando venduntur. Poſſunt tamen cætera bona generaliter hypothecari pro majori ſecuritate cenſûs in re determinata. 321

Non ſufficit rem eſſe merè frugiferam per accidens & ex hominis induſtria, ut ſunt litteræ cenſuales ferentes Intereſſe, quia evaderet cenſus perſonalis. eod.

Si fructus caſu fortuito uno anno non reſponde-ant penſioni, nihilominus integra penſio ſolvenda eſt. 322. 323

Non eſt neceſſe, ut res tranſita ferat in ſpecie illos fructus, in quibus conſtitutus eſt cenſus, ut ſolvatur. 324

Poteſt quis vendere alteri Cenſum ex re aliena conſentiente Domino. 325

Secunda Conditio. Emendus eſt Cenſus pecuniâ numeratâ, præſentibus Teſtibus & Notario, & in actu celebrationis inſtrumenti, non priùs, recepto integro pretio. Non eſt tamen de Jure naturæ, ut ematur integro pretio de præſenti ſoluto. 326

De Jure naturæ ſufficeret loco pecuniæ dari aliam rem, etiam non æſtimatam. Jure poſitivo tamen, & quidem in utroque foro; talis contractus eſſet nullus. 327

Poſſet tamen conſtitui cenſus auctoritate Judicis condemnantis moroſum debitorem, ut in pœnam contumaciæ ſit obligatus ſolvere ſingulis annis certum cenſum, donec debitum ſolvat. 328

Requiritur hæc ipſa conditio, etiam quando cenſus jam ſemel conſtitutus venditur. 329

Non valeret, ſi in emptione cenſûs adderetur pactum, ut venditor & debitor acceptâ pecuniâ eâque ſtatim redditâ extingueret aliquod debitum præcedens. eod.

Tertia conditio. Ut non apponatur pactum faciendæ ſolutionis anticipatæ penſionum: aut obligans ad caſus fortuitos. Non eſt tamen illicitum pactum ſolvendi partem cenſûs poſt lapſam temporis partem proportionatam. 330

Quarta conditio. Ut in alienatione rei cenſualis præferatur Cenſualiſta, exceptis habentibus jus retractûs. 331

Quinta conditio. Re Cenſuali pereunte, vel infructuoſâ effectâ, cenſus pro rata perit, adeoque non eſt licitum vi Bullæ, apponere pactum aſſecurationis de ſolvendo, etiam re pereunte. Debet autem infructuoſitas eſſe perpetua. 332

Quod ſi pars rei cenſualis infructuoſa evadat, cæteræ verò maneant fructuoſæ, ità, ut deductis impenſis poſſit integer cenſus ſolvi, adhuc ſolvendus erit integer, quidquid dicant communiter Theologi, eſſe ſolùm proportionaliter ſolvendum. 333. & ſeqq.

Si fundus Cenſualis divideretur inter plures dominos, poſſet Cenſualiſta exigere cenſum totum ab uno ſolo, vel quantùm fructus paterentur. 335

Si culpâ debitoris reddatur res infructuoſa, & cenſus eſt redimibilis, poteſt quidem debitor redimere, ſed interea tenetur ad penſiones ſolvendas, ob damnum emergens. Si eſt irredimibilis, non tenetur credi[tor a]cceptare pretium, ſed debitor tenebitur actione de dolo, vel in factum ad ſolvendas penſiones, poterit tamen cenſum conſtituere in alia re æquè frugifera. 336

Si in loco rei deſtructæ alia ſimilis ædificetur, non propterea cenſus reviviſcit. 337

Sexta conditio. Cenſus debet eſſe eodem pretio redimibilis, præviâ denuntiatione, quâ factâ poteſt cogi ad redimendum. 338

Vi Bullæ non ſolùm Cenſus conſtituti facti ſunt redimibiles, ſed omnes deinceps conſtituendi, alioquin invalidi eſſent. 340. & ſeqq.

Venditor volens redimere, poteſt obligari ad ſolvendum ſimul totum pretium. 344

Quod verum eſt, etiamſi ad plures perveniret res Cenſualis, non enim teneretur empt[o]r acceptare partialem ſolutionem ab uno. 3[4]5

Denuntiatio facienda eſt à venditore bimeſtri ante redemptionem, nec poteſt emptor intra hoc cogi ad redimendum. 346

Poteſt Cenſualiſta intra bimeſtre cogere debitorem ad extinguendum cenſum, nec cogitur exſpectare reliquos decem menſes. 347

Septima conditio. Non valet pactum redimendi in favorem emptoris adjectum, ut venditor obligetur redimere, quando voluerit emptor, invito debitore. 348

Imò etiam in Bulla prohibetur pactum hujuſmodi in pœnam moræ adjectum, 349. ubi vide in compendio relatas undecim conditiones in Bulla requiſitas.

Deficiente aliquâ conditione in Bulla requiſitâ, totus contractus eſt nullus, & non præcisè ut opponitur conditioni. 351

Violatâ Bullâ fiſcus non vindicat pretium venditori ſolutum, ſed ea ſolùm, quæ per donationem aut remiſſionem lædens acquireret à læſo. 352

Jure naturæ eſſet licitum pactum de redimendo cenſu non ſolùm eodem pretio, ſed in eadem ſpecie monetâ, ſi æquale ſit periculum decrementi aut incrementi. 354

Ratione hujus oneris probabiliter eſſet augendum pretium. 355

Non eſſet tale pactum contra Bullam: neque ſi

certa alia ſpecies in pactum deduceretur. 356

Ex eo quòd Cenſus perpetuus, quamvis redimibilis, adnumeretur immobilibus, non poteſt conſtitui in bonis Minoris ſine Judicis decreto. 357

Vaſallus & Emphyteota poſſunt conſtituere cenſum inſcio domino, ad tempus duraturi feudi, &c. 358

In fundo dotali maritus non poteſt ſine conſenſu uxoris conſtituere cenſum, ſi habeat tantùm dominium civile. 359

Proprietarius non poteſt cenſum conſtituere in re, cujus Uſumfructum alius habet. 360

Non valet pactum obligans cenſuarium ſolvere penſionem in loco domicilii Cenſualiſtæ. 361

Poteſt Emptor exigere fidejuſſores. 362

Cenſuarius obligatur, ſimul cum pretio quo redimit, ſolvere quotam penſionis reſpondentem tempori elapſo. 363

Volens redimere cenſum hypothecatum, non tenetur monere creditorem cui eſt oppignoratus, niſi ab hoc fuiſſet requiſitus. 364

Cùm Cenſus extinctio non ſit propriè alienatio, non requiritur Decretum Judicis, ut à minore redimatur, quamvis conſultius ſit cenſuario, ſi adhibeatur. 365

Sic etiam redimi poteſt Cenſus dotalis à marito, item ab Adminiſtratoribus bonorum Eccleſiæ, fiſci, executore teſtamenti, &c. 366

Si creditor tergiverſetur in acceptando pretio, ſiſtitur curſus penſionum, ſi factâ proteſtatione pretium apud Iudicem deponatur, vel Sequeſtrum, cui creditor debebit ſolvere ſalarium, & ſors cedit illius periculo. 367 ubi vide aliquas conditiones.

Ex cenſu reſervativo Cenſualiſta non habet Ius Prælationis reſpectu Creditorum privilegiatorum, ſi iſti velint eſſe Cenſuarii, & rem cenſualem ſibi appropriari: habet tamen in re ſubjecta cenſui conſignativo non ſolùm in ſorte & pretio, ſed etiam in penſionibus ceſſis & cedendis. Antiquioribus tamen hypothecariis non præfertur. 368

Commiſſoria Lex.

Eſt Pactum contrahentium, quod contractui cæteroquin perfecto & abſoluto adjicitur v. g. ut niſi intra certum tempus pretium ab emptore ſolutum fuerit, res ſit inempta. 189. & plura vide: *Emptionis reſolutio ex Pacto legis Commiſſoriæ.*

Commiſſorium pactum quouſque ſit prohibitum in Pignore, vide *Pignus.*

Commodati Contractus.

Eſt contractus re initus, nominatus, Iurisgentium, bonæ fidei, quo res gratis certum ad uſum eâ lege conceditur, ut eadem ipſa in ſpecie finito uſu reſtituatur. 715

Quando eadem res duobus vel pluribus commodatur, obligantur ſinguli in ſolidum: ſed uno convento ſi præſtet quod debet, alii liberantur. 717. ubi vide caſum in contrarium.

Si Pupillus Minorennis, &c. ſine Tutoris aut Curatoris auctoritate aliquid commodato dedit, non obligatur, ſicut nec ſi accipiant, niſi in quantùm locupletiores fiunt. 718

Tametſi adverſùs tales non detur actio Commodati, datur tamen actio ad exhibendum, & Rei vindicatio. 719

Commodans illis obligatur ut non revocet ante tempus aut uſum completum. eod.

Commodatum factum homini libero, qui putatur eſſe ſervus, ſubſiſtit. 720

Poteſt ſervus invito domino res domini validè commodare, ſi ita domino expediat: ſi tamen mallet rem non eſſe commodatam, contractus eſſet nullus ex defectu conſenſûs. eod.

Malæ fidei poſſeſſor poteſt commodare, ità ut ipſi competat actio Commodati. 721

Habens ſervitutem Uſusfructûs, Uſûs, Habitationis, poteſt commodare. eod. 724

Uxor poteſt res viri eo neſciente commodare, ità tamen, ut, ſi prohibuerit, & res perierit, ex dote compenſetur. eod.

Non ſolùm res mobiles quæ uſu non conſumuntur, ſed etiam immobiles poſſunt eſſe materia Commodati. 722

Res uſu conſumptibiles non poſſunt commodari niſi ad pompam. 723

Quando ſolius commodatarii utilitas ſpectatur, tenetur is ad præſtandam culpam leviſſimam. Unde ſi res commodata dum refertur ad commodantem, pereat, periculum ad commodatarium pertinet, niſi tali commiſſa eſſet referenda, quem dominus ſolitus eſt ad talia adhibere. 725

Si utriuſque utilitas ſpectetur, non niſi levis culpa præſtatur. 726

Si ſolius commodantis utilitas ſpectetur, non niſi de latâ culpa tenetur commodatarius. Sicut etiam, ſi commodans non rogatus, ſed ultro rem commodato obtulit. 727

Per ſe & regulariter loquendo non tenetur commodatarius de caſu fortuito, niſi ejus culpâ acciderit. 728

Poteſt tamen commodatarius pacto in ſe recipere caſum fortuitum. 729. ubi vide ſpeciale Iuris Bavarici.

Obligans ſe ad caſum incendii & quoſcunque alios,

Digitized by Google

alios, ad illos ſolùm ſe obligare, qui ſunt æquè ſuſpicabiles. 730
Si Commodatarius eſt in mora reſtituendi, & res commodata fortuitò perit, non peritura eodem caſu apud commodantem, ſi reſtituta fuiſſet ſuo tempore, periculum eſt commodatarii. Idem eſt, ſi utatur alio modo quàm fuerit conceſſum, & exinde incidit in caſum fortuitum. 731
Quando Commodatarius dolo aut contumaciâ rem non reſtituit, & inde res perit, aut deterioratur etiam caſu fortuito, conceditur commodanti ut juret in litem, æſtimando rem ſecundùm tempus rei judicandæ. 732
Si res commodata ex intrinſeco vitio, accedente uſu conceſſo deterioretur aut pereat, damnum eſt commodantis. eod. ubi vide caſum.
Si res commodata fuit æſtimatione faciente venditionem, tenetur commodatarius ſolvere æſtimationem, etiam ſi caſu fortuito pereat, quia æſtimatio facit, ut in eventum quo periret, haberetur pro vendita tanto pretio. eod.
Quodſi æſtimatio non fuiſſet taxata, ad id tempus referenda eſt æſtimatio, quo res à tempore moræ quanti plurimi valuerit. 733
Quomodo poſſit committi mora, antequam perveniatur ad Judicem, & quomodo poſſit perveniri ad Iudicem, non præcedente interpellatione, vide: *Mora.*
Si res commodata in ſe extet, ac reſtitui poſſit, non eſt locus compenſationi pro debito mandantis: Si verò in ſe non poſſit ampliùs reſtitui, ſed eſt reſtituenda æſtimatio illius, vel, ſi quidem reſtitui poteſt, ſed non niſi deteriorata, dominus tamen ſibi reſtitui unà cum compenſatione deteriorationis, ratione deteriorationis poſſet fieri compenſatio alterius debiti ejuſdem rationis. 739
Si Commodatarius in caſu naufragii v.g. vel incendii ſalvaret omnes res ſuas, pretioſas æquè ac non pretioſas, non autem ſalvaret res commodatas, & precariò acceptas, imò & commodatas preciſè in commodum ipſius commodantis, præſumitur à Iure commiſiſſe vel dolum, vel culpam latam, adeoque damnatetur, ſicut depoſitarius ad æſtimationem reſtituendam, niſi contraria probatione enervaret. 743
Si res commodatæ ſunt viliores quàm res propriæ, & non poſſunt ambæ conſervari, poteſt tamen alterutra, licitum eſt Commodatario ſalvare proprias, poſthabitis commodatis. 744
Si Commodatum factum eſt in ſolius Commodatarii utilitatem, tenetur commodatarius, ſi res commodatas poſthabuit ſuis pretioſioribus, eorum pretium refundere commodanti. 745
Si commodatum factum eſſet in utilitatem utriuſque, vel ſolius commodantis, commodatarius præferendo res ſuas pretioſiores ad nullam refuſionem tenetur. 746
Si res commodatæ ſunt æquè pretioſæ ac res commodatarii, cujus ſolius commodum ſpectatur, tenetur res commodatas præponere rebus propriis, vel ſi ſuas præfert, refundere æſtimationem. 747
Si commodatum eſt in commodum utriuſque, & à fortiori, ſi ſolius commodantis, poteſt commodatarius res ſuas æquè pretioſas præferre rebus commodatis, nec ad ullam refuſionem tenetur. 748
Si res commodata ſit pretioſior rebus commodatarii, tenetur illam ſuis præferre, quomodocunque, ſeu in cujuſcunque commodum contractus ſit initus. 749
Si res fuit commodata in utriuſque, vel ſolius commodantis utilitatem, tunc conſervatis pretioſioribus commodatis, & amiſſis propriis, poteſt compenſare jacturam rerum ſuarum, neque tenetur tradere commodanti res ſuas pretioſiores, priuſquam ſolvat æſtimationem rerum perditarum. 750
Probabiliùs tamen non poſſet compenſare, ſi contractus in ſolius commodatarii utilitatem initus fuiſſet, & commodata fuerunt pretioſiora. Etſi oppoſitum ſit probabile. eod.
Expenſæ ordinariæ ſpectant ad commodatarium, niſi aliud pactum fuerit. Extraordinariæ & graves ad commodantem, leves etiam ad commodatarium. 752
Damnum in re commodata à tertio, ſine culpa commodatarii datum, regulariter quidem ad commodantem, quandoque tamen ad commodatarium ſpectat. 753. ubi vide caſus.
Damnum quod Commodatarius patitur ex re commodata vitioſa, ſpectat ad commodantem, ſi ſcivit vitium, ſecùs ſi probabiliter ignoravit. 754
Si commodans, dum contraxit prævidit aut ſuſpicatus eſt caſum occurſurum, quo, niſi revocaret rem commodatam ante elapſum tempus, ipſe incurreret æquè grave damnum, ac commodatarius per revocationem, non licet revocare, tali caſu occurrente. 757
Si commodans fuiſſet in illo habituali affectu erga commodatarium dum commodavit, ut eodem modo fuiſſet commodaturus, ſi caſum prævidiſſet, non licet revocare. 758
Si econtrario commodans fuiſſet in ea diſpoſitione habituali, ut interrogatus reſpondiſſet, ſe nolle obligari pro tali caſu, tunc, ſi

necdum commodavit, ſed ſolùm promiſit, non tenetur commodare, ne quidem in foro externo. 760.

Probabilius eſt, etiam poſt factam commodationem in utroq; foro poſſe in tali caſu commodatum revocari, etiamſi commodatarius tempore facti commodati potuiſſet aliter ſibi providere, nunc autem non poteſt. 759

Commodanti competit actio commodati directa, commodatario contraria, quibus tendunt ad obtinenda ea, ad quæ hactenus dictum eſt, eos ſibi viciſſim obligari. 762

Actione directâ conveniri etiam poteſt commodatarius, ſi re commodatâ aliter uſus fuerit, vel ultra tempus: item ſi rem ſuâ culpâ deterioravit. ità quidem ut cum illa poſſint concurrere actio furti, actio legis aquiliæ. 763

Tranſit hæc actio in & contra hæredes. 764

Actio contraria tendit etiam ad obtinendas præſtationes, per quas commodatarius indemnis ſervatur, alioquin à commodante damnum ſine ſua culpa paſſurus. 765. ubi vide, quæ ſint hæ præſtationes.

Commodans poteſt actione directâ etiam conſequi fructus, ſi quos res commodata tulit. 766. ubi exemplum.

Communi dividundo Actio.

Datur ex quaſi contractu illis, qui in communionem rerum ſingularium abſque expreſſâ conventione incidunt, quæ eſt actio mixta, & tendit ad diviſionem rei communis, ad præſtationem fructuum perceptorum, impenſarum, & ejus quod dolo, latâ aut levi culpâ in re communi admiſſum eſt. 1120

Datur etiam illi qui putat ſe eſſe ſocium, cùm illi jam alius ſucceſſerit, ad ſumptuum & damnorum refuſionem. 1121

Si conſors conſorti ſuam partem oppignoravit, durante pignore non poteſt agere ad diviſionem invito creditore. 1122

Si conſors alteri creditori oppignoravit, & tradidit, poteſt agi contra creditorem, & conſortem ad diviſionem. 1123

Conditio.

Conditiones Contractibus apponi ſolitæ de futuro contingenti, aliæ ſunt Suſpenſivæ, aliæ Reſolutivæ; priores ſunt, quorum eventus facit, ut contractus ſubſiſtat & abſolvatur, ac retrotrahatur. Poſteriores verò, quando contractus jam abſolutus reſolvitur conditione exiſtente, perinde ac ſi pacto reſolutorio reſolveretur. 179

Contractus Innominatus.

Eſt ille, qui proprio ac ſpeciali contractûs nomine caret, eo quòd nomen quo exprimitur, etiam aliis nominatis contractibus eſt applicabile; & reducuntur ad quatuor ſpecies: Do ut des, Do ut facias, Facio ut Des, Facio ut facias. 1041

In contractu *Do ut des*, periculum rei necdum traditæ abſque culpa, pereuntis ad eum cui debetur. 1042

Si verò res ex mora aut culpa periiſſet, competit actio ad intereſſe, niſi malit re ſuâ redditâ contentus eſſe. 1043

Re traditâ evictâ, competit alteri actio civilis in factum. 1044

In contractu *Facio ut des* contra non dantem datur actio præſcriptis verbis, etiam quando dolus intervenit, quamvis in hoc puncto leges diverſimodè loquantur. 1045

Eſt contractus *Facio ut des*, quando unus paciſcitur non merum factum, ſed alicujus rei traditionem ad uſum, ut alter det v. g. pecuniam. 1046

Ex initio executionis judicandum eſt, an contractus ſit *Facio ut des*, vel *Do ut facias*. 1047

Negativi revocantur ad affirmativos, ut *non facio*, ad *facio*. idem de mixtis dicendum, reſolvi in ſimplices qui continentur. 1048

In dubio præſumitur contractus Innominatus. 1049

De Iure Civili licitum eſt unicuique contrahentium pœnitere re adhuc integrâ, hoc ſenſu, quòd contra nolentem non detur actio. Item illi qui ex ſua parte implevit, licet pœnitere, & datum repetere, antequam alter impleverit, etiamſi non fuerit in mora, dummodo indemnis ſervetur. Ad repetendum datur actio *causâ datâ, causâ non ſecutâ*. 1050

In conſcientia poteſt quis ſe obligare ad contractum incipiendum; & ſi accedat ſtipulatio, tenebitur ex ſtipulatu. 1051

Poteſt tamen ità celebrari, ut neuter ſimpliciter teneatur incipere. 1052. Et niſi aliud expreſſum fuerit, cenſetur hoc modo celebratus contractus. 1053

Ex his Contractibus datur actio *Præſcriptis verbis*. 1054

Si qui implevit, velit pœnitere, datur Condictio dati ob cauſam, causâ non ſecutâ, quâ repetit quod dedit. 1055

Hos contractus eſſe Stricti Iuris habet communior ſententia; ſed ſeclusâ auctoritate probabilius eſt, eſſe bonæ fidei. 1056

Depo-

D.

Depoſiti Contractus.

EST Contractus re initus, nominatus, Iuris gentium, bonæ fidei: quo res gratis cuſtodienda alicui traditur eo fine, ut eadem illa in ſpecie (iuridicè loquendo) quandocunque deponenti libuerit, reſtituatur. 775
Per accidens tamen fieri poſſet, ut non eſſet res depoſita reſtituenda petenti, reſiſtente aliâ virtute, v. g. Charitatis. eod.
Nec obſtaret obligationi reſtituendi, ſi tempus adjectum eſſet, per quod res eſſet cuſtodienda, quia terminus non adjiceretur in præjudicium deponentis, ſed ad definiendam obligationem alterius. 776
Non eſt tamen contra naturam hujus contractûs, adjici pactum in commodum depoſitarii, quo ponatur certa conditio, ante cujus impletionem non teneatur reddere depoſitum. 777. ubi vide exemplum.
Quodſi inſuper data eſſet poteſtas utendi illo tempore, poſſet habere rationem Precarii, vel haberet adjunctum contractum innominatum, vel rationem mutui. 778
Non peccaret depoſitarius, utendo re depoſitâ abſque ejus deterioratione, & putans bonâ fide, quòd deponens non eſſet invitus. 779
Si deponatur res fungibilis, cum translatione dominii in caſum quo eam velit depoſitarius alienare, adhuc retineret rationem Depoſiti, ſed haberet admixtum aliquid de Mutuo. Nec tamen in tali contractu haberet locũ Exceptio non numeratæ pecuniæ. 781
Hujuſmodi Depoſitarius ſi eſſet in mora reſtituendi, teneretur ad uſuras ſolvendas pro tempore moræ, eo quòd Depoſitum ſit bonæ fidei. 784
In tali caſo Dominium non transfertur in Depoſitarium, quamdiu reipsâ non utitur, & ideo periculum ad deponentem ſpectat. ſi tamen poſt contractum daretur facultas utendi, cenſeretur factum mutuum, & ſtatim transferretur dominium. 785
Dividitur Depoſitum in illud quod eſt *Iuris*, & illud quod eſt *Facti*. Depoſitum Iuris eſt, quod vel ad ſiſtendum uſurarum curſum, vel inducendum liberationis effectum apud Magiſtratum interponitur. 787
Depoſitum Facti eſt, quod eo animo contrahitur, ut Depoſitarius ad cuſtodiã obligetur, & dicitur Conventionale, quod inter privatos eſt conſuetum. 788
Depoſitum Conventionale ſubdividitur in Voluntarium & Neceſſarium, hoc eſt, quod fit ex urgente aliqua neceſſitate aut periculo perdendi rem niſi deponatur. Qui Voluntarium depoſitum perfidè reſtituere recuſat, condemnatur ſolùm in ſimplum, qui verò neceſſarium, condemnatur in duplum. eod.
Dividitur etiam in Depoſitum ſimpliciter ſic dictum, & Sequeſtrum. de quo vide *Sequeſtrum.*
Favore Domini conſtitutum eſt, ut ex depoſitione à ſervo facta domino actio acquireretur. 811
Pupillus deponere quidem poteſt, non tamen Depoſitum accipere ſine tutoris auctoritate, nec obligatur, niſi in quantùm locupletior factus eſt. 812
Servo deponenti, item Religioſo, poteſt depoſitum tutò reddi, eſto non poſſent in Iudicio exigere. eod.
Clericus & Religioſus poſſunt Depoſitum accipere, quamvis malè agat accipiendo ſine conſenſu præſumpto Abbatis. 813
Si Depoſitum in utilitatem Eccleſiæ vel Monaſterii verſum eſſet, eatenus obligarentur. eod.
Fur & Prædo poſſunt Depoſitum in Iudicio repetere. 814
Non eſt contra conceptum Depoſiti, quòd fiat in re immobili; ità ut, etiamſi aliquid de mandato admixtum habeat, ratio tamen Depoſiti ſit principalior, & prævaleat in ordine ad effectum præſtationum, ut non teneatur de leviſſima aut levi culpa, 815. & ſeqq.
Si res deponatur apud eum qui reverâ eſt dominus, nec tamen dominium in continenti appareat, æquum eſt, poſſeſſionem repetenti reſtitui, & deinde agi de proprietate. 818
Si verò Dominium ſtatim appareat, non datur actio deponenti. 819
Regulariter, & de Iure communi, tenetur Depoſitarius ad culpam latam ſolùm. De Iure Bavarico videtur etiam ad levem teneri. Poteſt tamen pacto ſe ad majorem obligare, imò ab omni culpa deobligare. 820
Si quis plura depoſita habet, nec poteſt in periculo omnia ſalvare, eſt apud Depoſitarium electio. eod.
Etiamſi Depoſitarius in rebus propriis negligentiſſimus eſſet, adhuc de culpa lata teneretur. 821
Quando Depoſitarius accepit mercedem pro cuſtodia, tenetur etiam de culpa levi, ſed potiùs ex conducto, quàm depoſito. 822
Quando Depoſitarius profitetur aliquam artem, vel exercet aliquod officium, vi cujus tenetur ad majorem diligentiam, tenetur etiam ad majorem diligentiam ratione Depoſiti, 823. ubi vide exempla.
Si Nauta, Caupo, &c. proteſtetur & moneat, ut quisque res ſuas cuſtodiat, dum res eſt integra, non tenentur, benè tamen ſi res non eſt integra, v. g. quia navis jam ſolvit, & ideo

& ideo non poſſunt res alibi deponi. 825

Non liberantur, niſi proteſtentur, etiamſi gratis recipiant. 826.

Qui ſe ſponte offert, tametſi nullam utilitatem capiat ex Depoſito, tenetur tamen ad culpam levem.. imò ex præſumptione, etiam quandoque ad leviſſimam. 827. ubi vide exemplum & declarationem.

Quando Depoſitum fuit neceſſarium ob imminens periculum, adhuc Depoſitarius tenetur tantùm de culpa lata. 831

Deponens rem nocivam, tenetur etiam de leviſſima culpa. eod.

Deponenti competit actio Depoſiti directa, Depoſitario Contraria. Directa tendit ad hoc, ut res depoſita cuſtodiatur, & ſi repetatur jure, reſtituatur, & commiſsâ culpâ æſtimatio ſolvatur.. 832. Contraria tendit ad æſtimationem damni ex culpa leviſſima deponentis rem nocivam, & ad ſumptus qui facti ſunt in rei conſervatione.

Si plures rem communem diviſibilem depoſuerunt, quivis tantùm ad partem debitam reſtituendam agere poteſt. Si indiviſibilem, non tenetur uni agenti reſtituere, niſi præſtitâ cautione, quòd reliquis deponentibus velit ſatisfacere pro ſua parte. 833

Ad Depoſitarium in mora exiſtentem pertinet caſus fortuitus, & rei periculum. 834

Actio directa competit etiam hæredi tam fideicommiſſario quàm directo. 835

Si ex pluribus hæredibus unus ſuam partem recepit, altera pars caſu pereat apud Depoſitarium, damnum pertinet ad illum ſolum qui non recepit. 836. & ſeqq. ubi quomodo unus hæres ſine alio poſſit ſuam partem conſequi.

Etiam in caſu commiſſi doli, & inde natæ obligationis, datur actio directa Depoſiti adverſùs hæredem depoſitarii, etiamſi nihil ad eum pervenerit. 839

Hæres tamen ſolùm in ſimplum conveniri poſſet in caſu Depoſiti neceſſarii, ex quo depoſitarius in duplum conveniri poſſet. eod.

Si unus hæredum dolum commiſiſſet, poſſet in ſolidum conveniri, eſto cæteroquin & ut hæres non niſi pro parte quâ hæres, conveniri poſſit. 840

Si ambo hæredes rem depoſitam dolo interverterunt, tunc ſi nocumentum intulit quivis partialiter partialitate effectûs, conveniendi ſunt ſinguli partialiter: ſi verò res depoſita fuit individua, & ad damnum ſinguli ità concurrerunt, ut quivis in totum damnum indiviſibiliter ſumptum influxerit ſolùm partialitate cauſæ, ſinguli in ſolidum conveniri poſſunt. Quod ſi ſpecies ipſa reſtitui non poteſt, ſed ad æſtimationem devenitur, non niſi pro parte hæreditaria ſinguli convenientur. Uno non exiſtente ſolvendo, alter conveniri ulteriùs poteſt. 841

Si unus ex pluribus hæredibus conventus habet facultatem reſtituendi totum depoſitum, & non reſtituit totum, condemnabitur in ſolidum. 842

Si hæres bonâ fide rem depoſitam alienaverit, & ex pretio accepto locupletior factus ſit, tenetur, re cognitâ, pretium reſtituere. 843

In Depoſito non eſt locus compenſationi. 844

Adeo autem non eſt locus compenſationi, ut nec eſſet, ſi re depoſitâ æſtimatio deberetur, in quo habet Depoſitum ſpecialem prætogativam præ Commodato. 848

Neque etiam eſſet locus, ſi Deponens viciſſim haberet depoſitum. 849

Iure communi (ſecùs Iure Bavarico) non poteſt Depoſitarius recuſare reſtitutionem Depoſiti, donec ſibi ſolvantur impenſæ in rem depoſitam factæ. 850

Si res depoſita fuit oppignorata antequam deponeretur, non poteſt Depoſitarius recuſare hoc prætextu reſtitutionem, nec uti exceptione pignoratitiâ, benè tamen, ſi poſtquam depoſita eſt. 852

Deponenti, in ſubhaſtatione bonorum depoſitarii, non præfertur Uxor ratione dotis, ſi res depoſita adhuc exſtet. 854

Si rei depoſitæ æſtimatio debetur deponenti, deponens nullâ gaudet legali ſeu tacitâ hypothecâ, vi cujus aliis creditoribus præferri poſſit. 856

Quamvis deponens non habeat vi depoſiti ullum Ius reale in bonis depoſitarii, præfertur tamen aliis creditoribus perſonalem tantùm actionem habentibus. An autem præferatur privilegiatis, non eſt in Iure ſatis clarè deciſum, legibus inter ſe valde pugnantibus, quarum probabiles conciliationes varias vide n. 857

Qui depoſuit pecunias apud alium ut Uſuras acciperet, cenſetur privilegio renuntiâſſe, & ideo venit in ordine creditorum nullum privilegium habentium. 861

Quamvis Dos ob legalem hypothecam Depoſito quoad æſtimationem debito præferatur in concurſu creditorum, ſuperatur tamen à depoſito in aliis prærogativis, quas vide n. 862

Quando deponentis bona ſunt confiſcata, Depoſitum fiſco, non deponenti, reſtituendum eſt. 862

Non repugnat ex natura rei, Depoſitum ità celebrari, ut depoſitarius poſſet ad libitum reſtituere depoſitum. 863

Si nihil expreſsè in pactum deducatur, præſumetur

metur Depoſitarius ſe obligâſſe ad cuſtodiendum tamdiu, quamdiu vel non repetetur à deponente, vel non emerſerit cauſa improviſa urgens liberationem à cura depoſiti. 864

Creditori deponentis prohibitum eſt denuntiare depoſitario, ne depoſitum reſtituat petenti, antequam ſibi ſatisfiat. quod etiam procedit in penſionibus, & panibus civilibus per modum alimentorum debitis. 866

Donatio.

Donator obligatur tradere rem donatam, nec liberaretur offerendo pretium & intereſſe. 16

E.

Emptio venditio.

Emptionis vocabulum aliquando minùs propriè, & latiùs ſumitur in Iure, pro quacunque alienatione. Hodie ſumitur pro certa ſpecie. 3

Definitur optimè: Contractus Iurisgentium conſenſu perfectus, & mutuæ præſtationis, quo id agitur, ut pro certis nummis ſive pecunia numerata danti res tradatur. Breviùs. Pactio mercis pro pretio. Eod.

Differt iſte Contractus à Locatione & Conductione: quia per locationem non datur Uſus pro unico pretio (ſicut quando venditur) ſed pro penſione ſucceſſivè ſolvenda, & per partes, ſicut per partes ſucceſſivè accipitur Uſus. In emptione fit pactum de unico pretio, quod ſtatim totum debetur, vel ſi conſtituitur, ut per ſucceſſivas vices ſolvatur, vulgò, *Nach friſten*, non attenditur tamen (ſicut in locatione) proportio cum uſu ſucceſſivo, per ſe loquendo, & ideo periculum ſemper etiam re traditâ pertinet ad locatorem, non ad conductorem, qui proinde re pereunte non tenetur ad ulteriores partiales ſolutiones, ſicut emptor tenetur, ad quem ſpectat periculum. 7

De ſubſtantia emptionis eſt Intentio ſe obligandi ad transferendum dominium, vel quaſi, quantùm in ſe eſt: ipſa tamen actualis translatio non eſt de ſubſtantia, quia vendi poteſt res aliena. 8

Quando unà cum pecunia venit in pactum res aliqua ab emptore tradenda, tunc ſi contrahentium intentio fuit, celebrare emptionem potiùs quàm Permutationem, erit emptio. Si nihil expreſſerunt, videndum, an valor rei tradendæ excedat, vel excedatur à pecunia. Quodſi neutrum excedit notabiliter, erit contractus mixtus: poſſent tamen contrahentes convenire, ut etiam quatenus eſſet Permutatio, non eſſet locus pœnitentiæ, &c. daretur tamen actio Præſcriptis verbis. 9 & ſeqq.

Cùm, quando venditur res immobilis, ſoleat intervenire Scriptura ſeu Inſtrumentum venditionis, ſi Contrahentes expreſsè alligent Contractum Scripturæ, ità ut nolint valere ante confectam Scripturam & approbatam, non perficitur contractus per antecedentem conſenſum. 15

Si non expreſſerunt alligationem, præſumitur Scriptura ſolùm requiri ad probationem, & majorem ſecuritatem. 15

Non eſt Venditori integrum & liberum, ut, ſi nolit tradere rem venditam, liberetur ſolvendo intereſſe, ſed obligatur præcisè ad traditionem mercis, ſi ejus tradendæ habet poteſtatem. 16. & ſeqq. ubi multa de diſcrimine inter obligationem dandi, & faciendi.

Requiritur conſenſus de præſenti, qui non ſit mera promiſſio vendendi expreſſa verbo: *Vendam*. Quodſi dicatur: *Volo vendere*, ſignificatur potiùs contractus de præſenti & abſolutus, non minùs quàm voce: *Vendo*. 22. & ſeqq.

Sufficeret ad contractum, ſi factâ promiſſione venditor accepto pretio rem traderet. Quia conſenſus facto ſignificaretur, quod eſſet loco verborum formalium. 25

Venditio facta cum deſignatione pretii per verba: *Quod in arca habeo*: Valet, quia eſt ſufficiens certificatio pretii, & quantitatis potiùs quàm corporis deſignatio. 26

Eſt etiam ſufficiens certificatio pretii ſub hac formâ, pro pretio quo ſcapha frumenti tali die & loco venditur. 28

Non eſſet tamen ſufficiens determinatio per formam: *Pretio juſto*. niſi contrahentes arbitrium Iudicis potiùs quàm proprium reſpexiſſent. 29

Sufficit, ſi determinatio in arbitrium tertii conjiceretur, qui tamen non ſit primùm ab ipſis contrahentibus determinandus, ſed jam nominatus. 30

In caſu arbitrii indeterminati adjecti, non eſt quidem Venditio, eſt tamen Contractus innominatus pariens actionem præſcriptis verbis. 31

Si in tertiam perſonam collatum eſt arbitrium, factâ determinatione pretii, non retrotrahitur ad tempus conventionis, ſed contractus primùm completur poſitâ taxatione: tenentur tamen contrahentes exſpectare taxationem faciendam. 33

Si arbiter iniquè arbitraretur, abſolveretur quidem contractus, ut reſilire non liceret, daretur

retur

retur tamen recurſus ad Iudicem, ut contractum ad æquitatem reduceret. 34

Contractui Emptionis poteſt Arrha dupliciter adjici, vel ante abſolutum contractum, vel poſt abſolutum, ſed necdum factâ traditione. Si primo modo adjiciatur, integrum eſt vel contractum perficere receptâ arrhâ, vel eâ amiſsâ reſilire. 35

Si Arrhæ dentur abſoluto contractu, non licet pœnitere, quia cenſentur datæ ad majorem ſecuritatem contractûs, & ut faciliùs probetur. 36

Si poſt datam arrham contractus abſolvitur, arrha computatur in pretium. 38

Si Venditor certæ ſpeciei (philoſophicè individui) nullam ſingularis cuſtodiæ curam in ſe ſuſcepit rei venditæ; nec eſt in mora tradendi, & adhibuit cuſtodiam diligentioris patrisfamilias, quâ excluditur levis culpa, amiſsâ re venditâ tenetur quidem Emptori cedere actiones ſi quas habet, de reliquo damnum eſt emptoris, ut & pretium ſolvere teneatur, nec habeat actionẽ ad intereſſe. 39

Si verò culpâ venditoris periret, non eodem modo peritura apud emptorem neque emptore exiſtente in mora, damnum eſſet venditoris. 41. & ſeqq.

Quando Impotentia tradendi rem emptam provenit à Iure (ut quando evincitur à domino rei venditæ, vel quando aufertur à Principe ob neceſſitatem Reipublicæ) damnum pertinet ad venditorem, quando verò provenit ex aliquo facto, aut caſu fortuito, pertinet ad emptorem. 46

Quando Contractus eſt conditionatus, ſi pereat res vendita ante conditionis eventum, perit periculo venditoris. 48

Si pendente conditione non perit tota res vendita, ſed ſolùm deterioratur aut minuitur, & poſtea verificatur conditio, contractus valet, & retrotrahitur ad tempus conventionis, & damnum eſt emptoris; quia perinde eſt, acſi jam tunc fuiſſet ità conſtituta & deteriorata. 49

Si quid venderetur ad futuram explorationem, v.g. guſtationẽ vini, &c. tunc ante poſitam explorationem (ſi emptor non ſit in mora) contractus non eſt perfectus, quia cenſetur conditionalis, & ideo periculum venditorem ſpectabit. Eod.

Si res fungibiles vendantur per Averſionem, vulgò *überhaupt*, v. g. integrum vini dolium, periculum eſt penes emptorem poſtquam contractus eſt perfectus, independens à conditione. 50

Si vendatur ex certo corpore v.g. dolio vini, aliqua portio v. g. 10. urnæ, periculum ſpectat ad venditorem, quamdiu urnæ non menſurantur. 51.

Aliud eſt rem fungibilem vendi ad Quantitatem ſeu menſuram, aliud, ad corpus cum adjecta expreſſione quantitatis. Ad corpus dicitur vendita, quando adjectio quantitatis ſeu menſuræ facta ſolùm eſt demonſtrativè, ſeu causâ demonſtrandi, & diſcernendi corpus venditum ab aliis, & non animo taxandi. Econtra quando quantitas exprimitur tanquam reſtrictiva, & taxativa, dicitur res vendita ad menſuram. 52

Si conſtet, quantitatem fuiſſe adjectam demonſtrandi causâ ſolummodo, abſque reſtrictione ad quantitatem, tunc qualiscunque exceſſus vel defectus in quantitate nominata reperiretur, eſſet ſolvendum pretium à principio conſtitutum, & nec minuendum ob defectum, nec augendum ob exceſſum. 56

Si quantitatis expreſſio facta à venditore, fuit emptori cauſa emendi pro tanto pretio (dicitúrque adjecta eſſe tanquam *Modus* rei venditæ) tunc ſi minor quantitas reperiatur, venditor tenetur minuere pretium cum debita proportione, non obſtante, quòd in hoc caſu venditio ſit per *Averſionem* & ad corpus, quatenus unum pretium eſt conſtitutum, & venditio incepit à Corpore, fuitque intentio emendi & vendendi totum corpus, quæcunque ſit ejus quantitas, major an minor illâ quæ fuit adjecta, & periculum eſſet emptoris. 57

Quando in venditione per averſionem quantitas expreſſa minor eſt, quàm quæ reverà ineſt corpori, & ſufficit ad augmentum notabile valoris rei venditæ, emptor tenetur augere pretium ad æqualitatem, in conſcientia. 59

Si tamen exceſſus non ſufficeret, ut res empta ſuperaret juſtum pretium, quia adhuc infimo pretio poſſet ſic emi, probabilius eſt, emptorem non poſſe conveniri ad augendum pretium. 60

Si in venditione totius Corporis conſtituatur certum pretium in ſingulas partes, v. g. in ſingulas urnas, oves, &c. & ante traditionẽ, vel menſurationem pereat, vel minuatur, damnum & periculum eſt venditoris. 61

Venditor manet dominus rei venditæ etiam perfecto contractu per conſenſum: ut autem dominium transferat, præter rei venditæ traditionem requiritur inſuper, ut vel emptor pretium ſolverit, vel illud de præſenti offerat, vel cautionem fidejuſſoriam aut pignoratitiam præſtet, vel venditor fidem emptoris ſequatur. 63

Si tamen apud venditorem aliquid rei venditæ acceſſerit, illud emptoris commodo cedit. Fructus tempore perfecti Contractûs pendentes, tam maturi quàm immaturi, ſunt emptoris, eique cum re ipſa tradendi.

Quod ſi

Quodſi venditor feciſſet expenſas in bonum fructuum poſt contractum, ſunt refundendæ. 64. ubi vide plura corollaria.

In ſententia probabili multorum, quòd fructus nati poſt perfectum contractum, ſed necdum translato dominio, pertineant ad venditorem, rectè deducitur, juſtum eſſe contractum ab Uſura immunem, ſi Venditor rei venditæ dominium in emptorem transferat, adjecto pacto, ut dum moram traxerit in ſolvendo pretio vel parte illius, reſtituat æſtimationem perceptorum fructuum ſecundùm proportionem pretii non ſoluti deductis expenſis. 65

Probabilius tamen eſt, illos fructus pertinere ad emptorem. Eod.

Pari modo ſi fructus pendentes tempore contractûs ſint immaturi, adeoque minus valeant, ſi poſtmodum matureſcant ante translationem dominii, pertinebunt ad emptorem ſecundùm totum ſuum valorem. 66 & ſeqq.

Unde etiam conſequitur, quòd theſaurus quoad illam partem, quæ alioquin ad dominum fundi ſpectare ſolet, ſi inveniatur, v.g. à famulo Venditoris in fundo vendito, ſed necdum tradito, ſit Emptoris. 69

Eâdem re individuâ duobus ſucceſſivè venditâ, ſi neutri eſt tradita, poſterior venditio nullam habet vim, nec inducit obligationem tradendi, ſed manet obligatio tradendi primo emptori. 71

Si venditor ſecundo Emptori rem ità venderet, ut ſimul in eum transferret dominium tradendo, & vel pretium accipiendo, vel fidem ſequendo, vel cautionem accipiendo, valeret ſecunda venditio, etſi peccaminoſa. 72

Si ſecundus Emptor eſſet conſcius fraudis, quòd res jam alteri eſſet vendita, & perſonaliter obligata, quamvis per traditionem fuerit factus dominus, poteſt tamen prior Emptor (niſi malit agere ad intereſſe) intentare ſecundo Emptori actionem *in factum*, & recuperare rem traditam. 74

Quando Venditor rem priori venditam conſtituit eidem in hypothecam, adeoque jus in re, præſertim ſi alia bona ſimul hypothecæ ſupponat pro merce ipſi tradenda, & promittat, ſe rem alteri non venditurum, tunc etiamſi alteri vendat, & tradat, non transfert dominium. 75

Si primus Emptor ſit privilegiatus, ut factâ illi venditione ſtatim acquirat dominium, tunc ſecundo Emptori non acquiritur dominium, etiamſi illi tradatur. 76. ubi referuntur privilegiati.

Non hoc ipſo quòd Venditor tradat mercem emptori, præſumitur fidem ejus ſequi, ſed hoc eſt exprimendum. 77

Neque præſumitur habita fides, ſi dies vel hora ad ſolvendum conſtituatur: ſed requiritur ſaltem tacita conventio, v.g. ſi Mercator nomen illud in librum rationum retulerit, ſi tempus longi intervalli conſtituerit. 78

Habitâ fide Venditor ex domino mercis ità fit Creditor, ut deinde, ſi merx adhuc exſtet, & emptor non ſit ſolvendo, venditor concurrat cum aliis creditoribus ad conſequendam cum proportione partem mercis *actione tributoriâ*, quod etiam ad Mercatores extenditur, ut quoad merces adhuc exſtantes, debeant inter eos illi, qui illas fide de pretio habitâ vendiderunt, cum cæteris chirographariis creditoribus in concurſum venire. 79

De Iure Bavarico, ſi Venditor ſequens fidem emptoris conſtituat ſibi hypothecã in re vendita, præfertur aliis creditoribus hypothecariis. Quod tamen de Iure communi non ſatis efficaciter probatur à paritate cum eo, qui pecuniam credidit ad rem emendam pignore conſtituto. 80

Hæc Venditoris hypotheca de Iure communi non præfertur doti, benè tamen Iure Bavarico. 81

Poteſt Venditor emptori rem venditam pro certa penſione locare: quo caſu non ſolùm non ſubjicitur periculo rei venditæ (quod totum eſt emptoris) ſed ne quidem ob ſterilitatem aut ſimiles cauſas penſionem remittere cogitur, utpote quæ non tam pro re locata, quàm pro intereſſe pretii non ſoluti præſtetur, cùm ex tali locatione ſolus conductor obligetur. 82

Emptionis Venditionis Materia.

Res nondum exiſtens, ſed futura, poteſt eſſe materia hujus Contractûs, modò aliqua ratione jam exiſtat in cauſa proxima. Quodſi ematur ſpes alicujus rei capiendæ, & res capta poſtmodum evincatur, non datur emptori actio, quæ alioquin competit re evictâ: quia quod evinci poteſt, perinde eſt, acſi captum non eſſet, quia retineri non poteſt, & quia illud ſolum venditur, quod ità capitur, ut fiat capientis. 83

Si proprietarius vendat uſum fructum, & ſtatim moriatur, non extinguitur jus emptoris, ſicut extingueretur, ſi fructuarius venderet Uſumfructum. 84

Notandum eſt diſcrimen inter emptionem futuri partûs, & jactûs retis, &c. quòd venditio partûs non ſit venditio abſoluta, ſed conditionalis: *ſi partus ſequatur*, quo ſecuto retrotrahitur venditio. 85

res

Res non exiſtens non poteſt vendi ut exiſtens. Quodſi major pars rei deſtructa eſt, poteſt emptor à contractu reſilire, vel, ſi malit, agere ad pretium minuendum. Eod.

Si ambo contrahentes ante contractum ignorârunt rei interitum, contractus eſt nullus. Si pars rei emptæ maneret, ſed minor illâ quæ interiit, non compellitur emptor perficere emptionem, ſed ſi quid ſolvit, repetere poteſt. Si verò dimidia vel minor pars interiit, cogitur adimplere æſtimatione boni viri. Si venditor ſcivit totius rei interitum, emptor ignoravit, emptio eſt nulla. Si verò aliquid illius remanſit, valet emptio, ſed venditor, quod intereſt, emptori reſtituere debet. Si emptor ſcivit, venditor ignoravit, ſtat emptio, & omne pretium eſt emptori ſolvendum. Si uterque ſcivit, nihil actum eſt, dolo utrinque compenſato. Eod.

Homo liber conſentiens vendi poteſt, ut fiat ſervus, non obſtante, quòd alioquin homo liber in commercio non ſit, & hoc ideo, ne emptor dolo circumveniatur hominis libertatem contemnentis improbitate. Cæterùm, hominis liberi venditio nulla eſt, ne quidem relata in tempus quo ſervus futurus eſt. Venditor autem, etiam ignarus libertatis, tenetur ad intereſſe, & quoad hunc effectum valet venditio. 86. 87

Permittitur in Jure Patri (non item Matri, nec Avo materno) ob extremam egeſtatem liberos recens natos vendere. quo caſu non Emptor ſolùm acquirit jus detinendi, donec redimatur. 88

Res Sacræ & Religioſæ, utpote cum quibus pecunia nullam habet proportionem, dum tales ſunt, emi vendique non poſſunt. Neque res furtiva validè venditur inter gnaros rem eſſe furtivam: ſi emptor ſolus ſcit, non obligabitur venditor, nec tamen ex vendito quidquam conſequitur. Si venditor ſolus ſcit, utrinque obligatio contrahitur. 89. & 112

Prohibetur etiam à Jure vendi venena mala, arma, &c. hoſtibus. Item non valet venditio materiæ ex domo deſtructa. 90

Nec de Iure valet venditio hæreditatis ſperatæ tanquam improba. 91

Poteſt tamen vendi hæreditas jam per mortem delata, ità quidem ut tranſeant in Emptorem actiones omnes utiles activè etiam nullâ factâ ceſſione. Actiones autem quæ contra defunctum dabantur, non tranſeunt contra emptorem, ſed competunt contra venditorem, ità tamen, ut, quod ſolvit, repetat ab emptore. 92

Venditâ hæreditate teſtatoris non cenſetur vendita hæreditas illius cui venditor eſt ſubſtitutus. 93

Ius accreſcendi tranſit etiam in emptorem hæreditatis. 94. & ſeqq.

Nomina etiam vendi poſſunt invito debitore. 98

Item actiones Reales, ut Rei Vendicatio, vendi poſſunt, quo caſu emptori convenit utilis in rem actio. Non poſſunt tamen actiones vendi poſt litem conteſtatam, quia evadunt litigioſæ. 99

Poſſunt ob circumſtantias nomina quandoque licitè emi minori pretio, quàm in ſe continent, adeo ut etiamſi emptor poſtea plus conſequatur, nil teneatur reſtituere venditori. 100

Licita etiam eſt emptio nominum minori pretio, ſi emptor ex ſpeciali cauſa poſſit totum obtinere, quod non poſſunt alii, nec ipſe venditor, apud quem proinde minus valent. 101

Si debitum ſit liquidum, nulla æſtimabilis difficultas in obtinenda ſolutione, nullum periculum damni aut lucri ceſſantis, ſpeculativè probabilius eſt, non eſſe licitum emere minori pretio, ex prætextu, quòd venditor necdum poſſit exigere debitum, ſed nunc indiget pecuniâ: practicè tamen oppoſitum eſt ab auctoritate probabile. 103

Si debitum non eſt liquidum ſed dubium, & anticipatio ſolutionis affert ſecum lucrum ceſſans, vel damnum emergens debitori, &c. poteſt actionem minori pretio emere etiam ipſe debitor, non minùs quàm quivis alius. Quando verò difficultas debiti obtinendi provenit ab ipſo debitore, qui quod ſponte ſolvere deberet ſuo tempore, & etiam facilè poſſet, ſed non ſolvet ſine moleſtiis & ſumptibus creditoris, non poteſt, ſicut alii, ipſe debitor minori pretio emere, quia ſuâ culpâ reddit ſolutionem difficilem. 105

Quando emptor nomen emptum minoris emit, non poteſt, ſeclusâ fraude, debitor ceſſus uti exceptione adverſùs emptorem, ſe non ad plus teneri, quàm ipſe ſolverit venditori. 106. & ſeqq. ubi explicatur Conſtitutio Anaſtaſiana.

In caſu Anaſtaſianæ Conſtitutionis, id quod Emptori actionum & nominum detrahitur, poteſt ab ipſo cedente vel vendente adhuc exigi à debitore, ſi non ſit fraudis ab emptore commiſſæ particeps. ſecùs ſi ejusmodi nomen partim venditum, & partim donatum fuerit, quo caſu Iuſtinianea Conſtitutio debitorem omnino liberat. 108

Quodſi fraudis particeps eſſet, meritò puniretur, ut agere non poſſet ad reſiduum. 109

Officia publica, civilem, profanam ac temporalem aliquam poteſtatem continentia, licitè venduntur (attento Iure naturæ, & ſeclusis legi-

legibus) perſonis idoneis, de quibus ſpes eſt, benè adminiſtraturos. 110

Iure civili tamen hujuſmodi venditio interdicitur meritò, ob varia inconvenientia rimenda, quamvis in pluribus Regnis permittatur, ubi inconvenietib⁹ alio modo obviatur. 110

Res aliena furtiva poteſt contractu valido ac utrinque obligationem inducente vendi emptori ignoranti rem eſſe alienam, ſive venditor ſciverit, ſive ignoraverit. Venditor quidem obligatur ad intereſſe & de evictione, emptor ad ſolvendum pretium. Si res non ſit furtiva, ſed ex alio titulo aliena, valet contractus, etiamſi uterque ſciat eſſe alienam. 111. & 112. ubi declaratur, quomodo poſſit eſſe licita traditio, & ſub obligatione.

Quamvis de ſubſtātia hujus contractûs ſit, ut emptor obligetur ad transferendum dominium pretii, non eſt tamen de ejus ſubſtantia, ut venditor obligetur ad transferendum dominium rei venditæ: ſed ſolùm obligatur ad rem tradendam, & quantùm in ſe eſt, ad faciendum, ut emptori rem habere liceat: unde factâ traditione nulla ſupereſt emptori actio ex empto, ad acquirendum dominium. 113

Non poteſt quis contractu valido emere abſolutè rem ſuam, benè tamen in caſum, quo deſinet eſſe ſua. 114

Re alienâ venditâ tenetur Venditor emptori de evictione. 115. & ſeqq. Plura tamen vide verbo. *Evictio.*

Re evictâ competit actio empti ex cauſa evictionis, quæ tendit. 1. ad repetendum pretium ſi ſolutum fuit. Item ad Intereſſe particulare, quanti emptoris præter expoſitum pretium intereſt rem non fuiſſe evictam, & hoc recipit augmentum & diminutionem. 117

Quoad intereſſe conſtitutum eſt, ut nunquam excederet duplum pretii expoſiti, cui ipſum pretium velut ſimplum ineſſet. 118

Venditor rei alienæ tenetur Emptori refundere ſumptus litis ab emptore factos. 119

Si actor ſuccumbat, habuit tamen juſtam litigandi cauſam, eaque ex venditoris perſona proceſſit, adhuc tenetur venditor ad expenſas, ſecùs non tenetur. 120

Vt emptori competat actio ex cauſa Evictionis, requiritur, ut auctorem, h. e. venditorem laudaverit, tempeſtivè denontiando, litem ſibi ſuper re vendita motam eſſe, ut venditor defendat emptorem. 122

Etiamſi Venditor aliunde jam gnarus ſit litis motæ, non tenetur de evictione, ſi emptor non denuntiaverit, arbitratus, eam fore ſuperfluam. 123

Denuntiationi eſt inſerenda copia libelli actoris, & ſi quid aliud actum eſt cum emptore. 124

Denuntiatio, ſi poteſt, eſt immediatè facienda Venditori præſenti, ſin minùs, ad ejus domum, conſciis vicinis. Quodſi venditor ſe dolo ſubduceret, emptor ab obligatione denuntiandi liber eſſet. Mortuo venditore denuntiatio facienda eſt hæredibus omnibus. 125

Si conſtet, nullâ tergiverſatione celari poſſe rem alienam venditam, nec emptorem poſſe defendi, excuſatur quidem emptor, ſecuriùs tamen aget, adhuc denuntiando. eod.

Fidejuſſori non eſt neceſſariò facienda denuntiatio. 126.

Facienda eſt denuntiatio ante publicationem teſtium, & cauſæ concluſionem, ſeu antequam tempus probationum & exceptionum elapſum ſit. Si in prima inſtantia non eſt facta, poteſt fieri in cauſa appellationis, re adhuc integrâ. 127

Si Venditor in ſe recepit defenſionem, poteſt emptor à defenſione deſiſtere factâ denuntione. Si non recepit, nec declaravit, nolle ſe cauſam defendi, emptor ad defendendum bonâ fide tenetur, alioquin erit ſuſpectus de culpa, & venditor de evictione non tenebitur. 128

Non poteſt venditor declinare forum emptoris, etiamſi eſſet perſona alioquin exempta ab hujus Iudicis Iuriſdictione. 129

In quibuſdam caſibus Venditor de evictione non tenetur.

Primò itaque non tenetur, ſi convenit inter contrahentes, ut venditor de evictione non teneatur, ſed ſolùm ad refundendum pretium: niſi dolo ità convenieſſet. 130

Probabilius eſt, quòd emptor pretium non amittat, ſi ſciens emit rem alienam, nec expreſsè de evictione præſtanda ſtipulatus eſt. eod.

Secundò non tenetur, ſi culpâ Iudicis, imperitè vel malitiosè judicantis, res evicta eſt, cùm de jure debuiſſet pro emptore judicare. 131

Si venditori certò conſtaret privatâ notitiâ, quòd ſententia formaliter quidem & ex Iuris norma juſta eſſet, materialiter tamen injuſta, poſſet uti occultâ compenſatione. eod.

Tertiò non tenetur Venditor de Evictione, quando res evincitur culpâ emptoris. 132 ubi vide varios caſus.

Si ſententia ſit ſuſpecta ob Iudicis imperitiam vel malitiam, tenetur emptor appellare: item ſi cauſa eſt dubia & ambigua, & venditor tempore latæ ſententiæ eſt abſens, nec illi intimata ſententia. 133

Si res evincatur ſententia arbitri, amittit Emptor Ius evictionis, quia ſuâ voluntate res evincitur. eod.

Quartò non tenetur, ſi emptor ex Principis mandato rem emptam alteri tradere compellitur, nec venditor huic cauſam dedit. Et univer-

univerſim non tenetur, ſi res vendita non jure communi, ſed quodam jure ſpeciali evincatur, v. g. Iure retractûs, vel reſtitutione in integrum. 134

Quintò non tenetur, ſi emptor ſcivit rem eſſe alienam, quamvis etiam oppoſitum ſit probabile. 135

Sextò non tenetur, ſi emptor per vim expellatur à rei emptæ poſſeſſione. 136

Septimò non tenetur, quando Emptor neglexit præſcriptionem. 137

Octavò non tenetur hæres, qui confecto Inventario rem hæreditariam quà talem pro ſolutione hæreditarii æris alieni vendidit. 138

Nonò non tenetur creditor qui rem pignoris jure diſtraxit, imò ne tenetur ad pretii reſtitutionem. 139

Decimò non tenetur Fiſcus rem alienam vel alteri oppignoratam vendens, quia emptor fit dominus rei venditæ. 140

Undecimò non tenetur, qui vendit debitum, & debitor non eſt ſolvendo, niſi ſpecialiter actum eſſet, quòd emptor eſſet futurus indemnis. 141

Emptoris & Venditoris obligationes & actiones.

Sicut Emptori competit actio *ex Empto*, (de qua ſupra) ità econtra Venditori competit actio *ex vendito*, in quam venit imprimis pretium, & quidem certum ac determinatum. 142

Deinde veniunt uſuræ pretii non ſoluti ex tempore moræ, niſi aliud convenerit. Item veniunt ſumptus facti in rem venditam: item fructus, quos cæsâ jam ſpicâ ante venditionem à ſolo ſeparatos, ſed necdum à venditore collectos, & tamen ei de Iure debitos, emptor invaſit, cùm venditioni non acceſſerint. Item veniunt damna & incommoda, quorum emptor eſt cauſa, non auferendo rem emptam. eod.

Denique venit repetendum id, quod plus debito venditor præſtitit. quo caſu etiam Condictio Indebiti conceditur. 143

Si venditor ignoret pretium mercis ignorantiâ generali & illius loci communi, emptor autem ſciat ſcientiâ ſingulari & ratâ, non tenetur venditori indicare valorem mercis, ſed poteſt emere & ſolvere illo pretio, quo ex communi ignorantia communiter æſtimatur. 145

Si verò venditor ignoret ignorantiâ particulari, tenetur emptor ſaltem infimum pretium juſtum offerre, & eatenus mercis valorem ignoranti indicare. 146

Neque excuſaretur emptor ab indicando valore, etiamſi venditor diceret, ſe velle exceſſum, ſi quis eſt, donare, eo quòd emptor nolit majori pretio emere. eod.

Quodſi ambo ignari valoris convenirent bonâ fide de pretio reipsâ inæquali, ſed condonando reciprocè, neuter teneretur ad ſupplementum. eod.

Unde poſſet fundus emi pretio communi, etiamſi emptor ſciret ſibi latere theſaurum, vel venas metallinas. eod.

Si emptor privatâ notitiâ ſciat, valorem pecuniæ paulò pòſt publicâ lege diminutum iri, poteſt hodie emere pretio currente, non monito venditore, & econtra ſi venditor ſciat, valorem mercis minuendum, poteſt non monito emptore vendere pretio currente: uno caſu excepto, nempe, quando Magiſtratus, volens ipſe contrahere, legis promulgationem ſtudio differret, ut interim ſuas pecunias majori pretio, vel merces majori valore diſtraheret. 147

Quando vitium non eſt circa ſubſtantiam, ſed circa qualitatem, & ignorant invincibiliter ab utroque contrahente, reſque venditur, qualis fuerit inventa, ſive bona, ſive vitioſa, ad nihil obligatur venditor, vitio poſtea detecto, modò in taxando pretio cætera ſint paria. 148

Quando vitia ſunt ex ſe manifeſta, non eſt obligatio illa exprimendi, ſed ſolùm non excedendi in pretio, quaſi vitio careret. Imò jure civili venditor ad nihil teneretur, etiamſi negaret expreſsè tale vitium adeſſe, ſi vitium ſecundùm ſe ſit manifeſtum. 149

Quando vitium occultum tangit ſubſtantiam intrinſecam rei, quæ alia exiſtimatur, & ut alia proponitur ab ea quæ eſt, obligatur venditor aperire vitium. 150. ubi exemplum.

Quando emptor nihil interrogat, & venditor apertè exponit merces, non occultando arte aliquâ earum vitia, diſtinguendum eſt. Si res, non obſtante illo vitio adhuc eſt tali pretio digna, & communiter ſolet eo pretio emi, tunc, licèt huic emptori particulari non deſerviat ad uſum, ad quem emit, venditio eſt juſta, dum emptor non dixit, ad quem uſum emere velit. Si verò ex communi modo quo merces exponitur, ſignificatur eas eſſe idoneas ad uſum, ad quem communiter emuntur, tenetur venditor vitium manifeſtare, quo redditur mera inepta ad talem finem. 151. ubi exempla.

Emptionis Pretium juſtum.

Pretium aliud eſt Legitimum, aliud Naturale, ſeu vulgare. Legitimum eſt, quod à Magiſtratu taxatur, nec à ſubditis variari poteſt.

Vulgare

Vulgare, quod communi judicio menſuratur. 152

Quia verò judicia hominum non conveniunt, inde naſcitur diviſio Pretii naturalis in ſummum, medium, & infimum. 154

Pro regula juſti pretii naturalis non incommodè ſtatuit Scotus, computandas expenſas cum æſtimatione induſtriæ, labore & periculo. 155

Variatio pretii deſumitur ex variis circumſtantiis, inter quas tamen non eſt perfectio intrinſeca & phyſica. Præcipua circumſtantia eſt utilitas communis in ordine ad uſus humanos. deinde æſtimatio utilitatis ad alios fines: quæ tamen æſtimatio non debet neceſſariò eſſe hominum prudentum, ſed ſufficit vulgi, ſi communis ſit eo loco. Inter has tamen circumſtantias non eſt numeranda particularis indigentia emptoris 156

Poteſt tamen venditor ob ſpeciale commodum quo ſe vendendo privat, augere pretium. 157

Modus vendendi etiam quandoque variat pretium. Unde cariùs venduntur res ſingillatim, ac ſimul in magna copia. 158. ubi vide aliud exemplum.

Res particulares, quæ ob ſuam raritatem non habent taxatum pretium, nec à lege, nec à communi æſtimatione, vendendæ ſunt (ſpeculativè loquendo) attentis circumſtantiis, qualitate, utilitate, raritate, expenſis, periculis, difficultate in afferendo, novitate, emptorum pluralitate, illo pretio, quo prudenter emi poſſunt, & non eſt augendum præciſè ob inordinatum affectum ementis. Eſt tamen etiam practicè probabile, poſſe ſecundùm arbitrium, etſi imprudens, ementium taxari. 159. ubi vide exempla.

Circumventio infra dimidium juſti pretii, quam videntur leges permittere, non eſt licita in hoc ſenſu, quaſi ille, qui alterum infra dimidium pretii infimi læſit, non teneatur in conſcientia reſarcire uſque ad juſtum pretium, reverà enim tenetur. Sunt ergo leges intelligendæ, quòd ob talem læſionem non detur læſo actio. 161. ubi vide diverſas interpretationes.

Emptionis factæ diſſolutio ex conſenſu.

Emptio Venditio ſicut conſenſu contrahitur, ità contrario conſenſu diſſolvitur, antequam fuit traditio ſecuta. 163

Poteſt Contractus emptionis non ſolùm quoad totum, ſed etiam quoad partem contrario

conſenſu diſſolvi. Nunquam tamen diſſolvitur niſi interveniente retrotraditione, ſi traditio facta eſt. 166

Poteſt contractus emptionis diſſolvi etiam tacito & præſumpto conſenſu, nempe per acceptilationem. 167. & ſeqq.

Si quis rem jam emptam à te iterum emat pluris, minorisve, diſſolutus eſt prior contractus. ſecùs eſſet, ſi ſecunda emptio ex alio capite eſſet nulla. In priore caſu non deberetur Gabella duplex. 169

Si ſecunda emptio eſſet conditionata, etiamſi conditio eveniret, ſecunda emptio eſſet nulla, nec ex ea agi poſſet, niſi pretium variatum eſſet, (quia tunc cenſerentur contrahentes à priore contractu diſceſſiſſe) vel alia utilitas ineſſet contractui conditionato. 170. ubi vide caſum.

Res adhuc integra cenſetur ad diſſolvendum mutuo conſenſu contractum, etiamſi fidejuſſio, aut ſtipulatio acceſſiſſet. 171.

Ut nudo pacto diſſolvatur, non eſt neceſſe fieri mentionem Clauſulæ Conſtituti, etiamſi Venditor priùs per illam clauſulam ſe nomine emptoris poſſidere conſtituiſſet. 172

Non ſolùm ſi ex una tantùm parte fuit impletus contractus, ſed etiam ſi ex utraque, adhuc diſſolveretur, nec eſſet novus contractus, nec Gabella deberetur, ſi incontinenti fieret retrotraditio: quamvis contrarium ſit etiam ſatis probabile, eſſe duplicem contractum, & duplicem Gabellam deberi. 173

Ut autem diſſolvatur retrotraditione, non requiritur certa ſolennis formula, ſed ſatis eſt, quòd contrahentes velint à contractu recedere. 175

Si poſt traditionem mercis pacti eſſent contrahentes, de recedendo à contractu per retrotraditionem, & venditor pœnitens nollet recipere, daretur emptori exceptio contra venditorem agentem ad pretium. 176

Contractus ritè ab habilibus celebratus non poteſt ſuperveniente inhabilitate reſcindi, ne quidem ità ut claudicet. 177

Emptionis Reſolutio ex addictione in diem.

Emptio reſolvitur etiam addictione in diem factà, ſi intra tempus conſtitutum alius plus pretii offerat. Requiritur autem 1. ut alius emptor ſe offerat animo ſincero abſque dolo. 180

Requiritur 2. ut novus emptor meliorem offerat conditionem, quidquid offeratur, quod ad utilitatem majorem venditoris faciat,

ſive conſiſtat in augmento pretii, ſive in modo ſolvendi, ſive in majore idoneitate emptoris, ſive in ſublevatione alicujus oneris. 181

Requiritur 3. ut intra diem addictionis venditor non moriatur abſque hærede, cui offeratur. 182

Requiritur 4. quòd primus emptor nolit ipſe meliorem oblatam conditionem præſtare. 183

Oblatam meliorem conditionem non tenetur venditor acceptare. 184

Si ſecundus emptor offerens meliorem conditionem non ſit idoneus, v.g. non ſolvendo, aut non habens auctoritatem, nihilominus per addictionem illi à venditore factam prior contractus reſolvitur. 185

Non reſolvitur tamen prima venditio per ſecundam iterum cum nova addictione in diem factam. 186

Per venditionem cum addictione dominium non transfertur irrevocabiliter in emptorem, adeo, ut, oblatâ & acceptatâ meliore conditione, dominium, reique vindicatio ipſo jure ad venditorem redeat. 187

Interea temporis donec dies addictionis veniat, aut melior conditio offeratur, tam dominium quàm periculum interitûs, & omnia commoda, ac incommoda, ad emptorem ſpectant, ità tamen, ut ſi reſolvatur contractus, etiam omnes fructus, etiam conſumpti & uſucapti, unà cum aliis commodis & acceſſionibus reſtituendi ſint venditori, deductis impenſis. eod.

Sunt autem fructus &c. reſtituendi venditori, etiamſi primus emptor ipſe velit eandem conditionem meliorem offerre, quia fingitur propter oblationem melioris conditionis, nunquam fuiſſe dominus, & reſolutâ priore emptione ſit nova emptio. 188

Emptionis Reſolutio ex pacto legis Commiſſoriæ.

Reſolvitur etiam emptionis contractus ex Pacto Legis Commiſſoriæ. Quando enim conſtituto tempore, quo ſi pretium non ſolvatur, res ſit inempta, pretium non ſolvitur, dicitur Lex eſſe commiſſa, & res vendita redit ipſo jure ad venditorem, etſi nunquam fuerit interpellatus emptor. 189

Lege commiſsâ tenetur emptor fructus perceptos reſtituere, & æſtimationem damni culpâ dati, niſi partem pretii ſolviſſet, quam amittit. 190

Lege commiſsâ reſolvitur quidem Contractus invito emptore, ſed non invito venditore. 191

Non poteſt tamen Venditor variare, nec electo pretio pœnitere, & eligere legem commiſſoriam, vel econtra. 192

Emptor amittit arrham, ſi quam dedit, & legem commiſit, ſed tunc fructus ex æquitate retinet.

Legem non committit emptor paratus ſolvere, ſed impeditus, v.g. ob abſentiam venditoris.

Emptionis Reſolutio ex Pacto retrovendendi & redimendi.

Pactum Retrovendendi, & Redimendi poteſt adjici, vel in favorem ſolius venditoris, ut ad libitum ſuum ſibi retrovendatur, vel ſolius emptoris, ad cujus libitum à venditore redimatur res empta, vel in favorem utriuſque. Si ex hoc pacto fiat retrovenditio, eſt novus contractus, & non eſt rigoroſè diſſolutio prioris, qui manet in ſuo valore. 194

Unde conſequitur, quòd requiratur nova retrotraditio, ut dominium redeat ad venditorem: nec antè competit venditori rei vindicatio. 195

Emptor obligatus ad retrovendendum, non liberatur ſolutione Intereſſe invito venditore. 198

Licitum, & ab uſuræ labe immune eſt hujuſmodi pactum, ſi fraus abſit, quâ emptor intendat lucrari fructus quaſi ex pignore, & modò pretium ſit juſtum, æſtimando onus retrovendendi in pretium, quod eò magis diminuendum eſt, quo longius tempus in pactum venit: quodſi ſit perpetuum, videtur tertia pars juſti pretii eſſe ſubducenda. 200

Ex natura rei non repugnat apponi emptioni pactum ſub conditione reſolutiva dominii, ſi pretium fuerit oblatum, ità ut venditor ſibi reſervet jus reale in re vendita, ut, ad quemcunque pervenerit, oblato pretio poſſit rem vindicare. Eſt etiam probabile, ſed non certum, hujuſmodi pactum non improbari à legibus. Niſi tamen exprimatur, non præſumitur ſubeſſe. 201

Emptor retrovendendo non poteſt ad minuendum juſtum pretium cogi, quia vendit ſine onere. 203

Poteſt tamen emptor paciſci, ut ſibi majus pretium ſolvatur, quàm ipſe ſolverat propter obligationem retrovendendi, dummodo non excedat valorem rei pro tempore retrovenditionis. 204

Imò

Digitized by Google

Imò poteſt paciſci, ut liceat ſibi exigere pretium ſummum, etiamſi ipſe emiſſet infimo. eod.

Si pactum de retrovendendo indefinitè conceptum eſt, ut in perpetuum liceat redimere, adhuc probabilius eſt, præſcribi contra jus redimendi ſpatio 30. annorum. 206

Si certum tempus definitum eſt, & venditor intra illud tempus partem ſolvit, animo redimendi, reſiduum verò poſt elapſum terminum quidem, ſed paulò pòſt, & abſque præjudicio emptoris offerat, non poteſt exceptione repelli. 207

Quando res indiviſibilis venderetur à duobus cum pacto retrovendendi, non poſſet emptor cogi ad retrovendendum uni offerenti partem pretii, quia cogeretur venire in ſocietatem, niſi ità expreſsè pactum eſſet. 207

Quodſi unus venditorum totum pretium offerat, tunc cogitur emptor ad revendendum. eod.

Jus redimendi ſicut tranſmittitur ad hæredes, ità etiam poteſt alteri cedi. eod.

Quod rei emptæ per alluvionem accedit, in retrovenditionem non venit, ſed manet primi emptoris, ſicut & damnum decrementi ad eum ſpectaret: ſive Venditio facta ſit ad corpus, ſive ad menſuram. 209

Fructus ante revenditionem percepti, ſpectant abſolutè ad primum emptorem, pendentes ſunt dividendi pro rata temporis anni. 210

Emptionis Reſolutio ex Iure Retractûs.

De hoc vide: *Retractus.*

Emptionis Reſolutio ob læſionem ultra dimidium.

Etſi læſo intra dimidium juſti pretii non detur in foro Civili, imò nec Eccleſiaſtico, actio directa ad reſcindendum contractum, vel ſupplementum, in conſcientia tamen lædens tenetur adæquare pretium rei emptæ. 236. 237

Neque daretur actio, etiamſi contractus celebratus eſſet per Procuratorem: neque ſi læſio intra dimidium contingat in æſtimatione dotis. etſi ob auctoritatem oppoſitum etiam probabile ſit. 238. 239

Lex 2. C. de reſcind. Vend. concedens Venditori læſo ultra dimidium juſti pretii actionem ad reſcindendum contractum, vel ſupplendum defectum pretii juſti, eſt etiam extendenda ad emptorem, ut poſſit contractum reſcindere, niſi venditor malit exceſſum pretii reſtituere.

Quando Venditor læſus eſt, tunc æſtimatâ mercè, quantum valuerit tempore venditionis, ſaltem attento pretio medio, inter ſummum, & infimum, ſi emptor minus ſolvit quàm mediam partem juſti pretii, & quidem probabiliùs infimi, favore dictæ legis uti poteſt. 241

Circa emptorem diſſenſus magnus eſt, quomodo ſit facienda æſtimatio. An nempe ſi res valeat 50. ſufficiat, ſi ſolverit plus quàm 75, vel an requiratur, ut ſolverit ultra 100. eod.

Poſſunt ambæ ſententiæ defendi & practicari, ſi dicamus priorē ſententiam poſſe ſequi Judicē attendendo præcisè ad quantitatem læſionis: poſteriorem verò, attendendo ad publicam Iudiciorum quietem, & declinandam Iudiciorum multitudinem. & hanc poſteriorem amplectitur Ius Bavaricum, Eaque videtur attendere paritatem formalem inter Venditorem & Emptorem, cùm prior tantùm attendat paritatem materialem. 242. 243

Beneficium legis non ſolùm in rebus immobilibus, ſed etiam mobilibus, eſto non pretioſis, locum habet. 244

Neque ſolùm in Contractu emptionis, ſed & aliis locum habet, tam ſtricti Iuris, quàm bonæ fidei. 245. & ſeq. examinantur caſus dubii.

Si per tranſactionem læditur una pars ultra dimidium ex æſtimatione rei litigioſæ, quia v. g. æſtimatur 100. cùm vix valeat 30. & unus tranſigendo ſolvit 90. ut illud retineat, in tali caſu probabilius eſt, non eſſe locum beneficio reſciſſionis, ſi dolus abfuit. 247 & ſeqq.

Idem dicendum videtur, ſi læſio conſiſtebat in æſtimatione erronea meritorum cauſæ, quâ alter tranſigens ultra dimidium læſus eſt, cùm merita cauſæ plus valerent apud intelligentes. 252

Eſt tamen locus huic beneficio quando filia in renuntiatione etiam jurata enormiter læſa eſt, etiam abſque dolo. 253

Ceſſat hoc beneficium, ſi ei in ſpecie renunciatum eſt, ſive in ipſo contractu, ſive ex intervallo: non item ſi ſub terminis generalibus. nam tunc ſolùm aliis juris remediis renuntiâſſe cenſeretur. 254

Si læſus ultra dimidium dicat emptori, ſe exceſſum donare, cognoſcens valorem rei, neque inducatur ullâ fraude, vel neceſſitate aut levitate animi ad donandum, certum eſt, eum carere hoc beneficio, & probabilius eſt, cariturum, etiamſi ex neceſſitate, vel levitate donâſſet, ſi cæteroquin eſt potens donare. 255. & 256. ubi caſus habetur.

 Secùs

Secùs dicendum, ſi ignarus valoris donaret. eod.

Sicut in dicta lege datur emptori electio, ut vel rem emptam reſtituat recepto pretio, vel ſuppleat defectum pretii, ità etiam venditoris eſt electio, ut pro exceſſu quem accepit, in pretio, ſatisfaciat, vel contractum reſcindat. 257

Non ſatisfaceret emptor, refundendo tantum de pretio, quod ſi ab initio ſolviſſet, non poſſet ex hac lege conveniri, ſed cogitur ad totum juſtum pretium refundendum. 258

Si res infra dimidium empta pereat ſine culpa emptoris, liberatur à ſupplendo defectu pretii: niſi rem alteri vendidiſſet, & juſtum pretium conſecutus eſſet. 259

Si Emptor eandem rem alteri, etiam infra dimidium vendidit, & non ſit ſolvendo, poteſt primus venditor convenire ſecundum emptorem. 260

Emptor poteſt meliorationes in re factas opponere venditori, exigendo ut illas priùs ſolvat, antequam rem recipiat. 261

Emptor eligens reſciſſionem contractûs & reſtitutionem rei, non tenetur reſtituere fructus interim perceptos reſpondentes pretio, quod eſſet refundendum. 262

Reſciſſo contractu reſolvitur etiam hypotheca, ſi cui ſubjecta fuit interim res empta. 263

Ut beneficio legis ſit locus, non obſtat, ſi venditio facta ſit cum decreto Iudicis. 264

Ad reſcindendum ex hac lege contractum, aliqui dicunt competere reſtitutionem in integrum, alii dicunt ſuccurri læſo ex officio Iudicis, alii recorrunt ad condictionem ex lege. Verius eſt dari actionem ex vendito. 266

Emptionis Reſolutio ex ædilitio Edicto.

Res vendita eſt ſine vitio præſtanda, ad quod datur actio duplex ex ædil. edicto. *Redhibitoria, & quanto minoris*, ſeu: *æſtimatoria.* Redhibitoriâ agitur ab emptore contra venditorem ad recipiendam rem venditam & ad reſtituendum pretium, quia rem non fuiſſet empturus gnarus vitii. Æſtimatoriâ agit emptor ad hoc, ut venditor refundat, quanto minoris emiſſet, ſi de vitio conſtitiſſet. 267. 268

His actionibus convenitur venditor, etiamſi vitium ignoravit, ità tamen ut ad intereſſe non teneatur, niſi lata culpa intervenerit. eod.

Actio redhibitoria durat per ſex menſes: *Quanto minoris*, per annum. 270

Ad eoſdem effectus, ad quos dantur hæ actiones Prætoriæ, datur etiam actio civilis ex empto, non tamen niſi eodem modo temporalis, quo ſunt actiones illæ prætoriæ. 271

Ob vitia animi, ſive in brutis, ſive in Mancipiis, non dantur actiones ædilitiæ. 272

Electâ unâ actione, ſi emptor in ea ſuccumbat, non licere eligere alteram, niſi in caſu, quo ideo negaretur redhibitoria, quia ſex menſes effluxerunt. 273

Si redhibitâ re emptâ Venditor eſt in mora reddendi pretium, datur emptori actio in factum, quæ quia non eſt pœnalis, ſed rei perſecutoria, ideo eſt perpetua, & ſupponit jam actum reſciſſum. 274

Evictio.

Eſt rei noſtræ, quam adverſarius legitimo titulo acquiſivit, per Iudicem facta recuperatio. Vel ſic. Eſt rei aut emptæ, aut ex alia legitima cauſa acceptæ interpoſito decreto Iudicis abductio, vel amiſſio. 115

Habet locum 1. quando detinetur res aliena ex Permutatione, vel alio contractu innominato. 2. Si res aliena detur in ſolutum. 3. Si data eſt in dotem. 4. In hæreditatis vel bonorum communium diviſione, ſed cum aliqua limitatione, ut tradens rem alienam non teneatur ad intereſſe. 5. Locum habet in tranſactione. 6. In re frugifera vendita, in qua evincitur uſusfructus. 7. Et frequentiſſimè in venditione. eod.

Donator rei alienæ non tenetur de Evictione, niſi ad hanc ſe reſſexè obligaverit. 116

Evictionis duo ſunt capita, unum ad rem defendendam, ut Venditor emptorem inſtruat, liti aſſiſtat, & probationes afferat, alterum, ad id quod intereſt. Ex priori agi poteſt ante ſententiam, ſed poſt litem motam. Ex poſteriori poſt ſententiam, re evictâ. 117

Motâ controverſiâ tenetur emptor laudare auctorem, eique denuntiare litem motam eſſe. 122. etiamſi jam aliunde ſciat. 123

F.

Familiæ Erciſcundæ Actio.

Convenit ex quaſi contractu ex Hæreditatis communione, ſimilis actioni Communi dividundo in pluribus, & in quibuſdam differens, quæ vide. 1124

Competit directa ſolis hæredibus jure civili talibus, & bonorum poſſeſſoribus Iure prætorio, & Fideicommiſſariis. Vtilis datur arrogato ad quartam conſequendam poſt emancipationem. 1125

Datur

Datur inter ſolos cohæredes, etiam quando non poſſident. eod.
Exceptio Præpoſterationis tunc ſolùm locum habet, quando actor non poſſidet. 1126
Actiones etiam & nomina veniunt in hanc actionem ſi ſtipulationes interpoſitæ ſint, vel ob alia incommoda. 1127
Præſcribitur hæc actio ſicut aliæ 30. annis. 1128
Poteſt quandoque Diviſio fieri facto ipſo, ſicut alibi diximus Societatem poſſe contrahi. 1130
Qui ad diviſionem provocatur, fatetur alterum hæredem, nec poſſet poſtea ad Hæreditatis petitionem recurrere. 1131

Feudum.

Quomodo poſſit hypothecæ ſubjici, vide: *Hypotheca.*

Filiusfamilias.

Quâ ratione poſſit mandatum dare vel accipere vide: *Mandati Contractus.*

Finium Regundorum Actio.

Datur hæc actio ex Quaſi contractu illis, quorum fines ſeu agrorum termini confuſi ſunt. Et quia uterque litigantium eſt actor & reus, utrique incumbit probare fines. Lis hæc vocatur *Quæſtio finalis.* 1132
Eſt ſtricti juris, quia non petuntur fructus percepti ante litis conteſtationem. 1133
Datur non ſolùm Domino directo, ſed etiam Emphyteutæ, Fructuario, Creditori habenti hypothecam & poſſidenti. 1135
Datur non ſolùm ad terminos diſcernendos, ſed etiam ad cohærentia, ut eſt Juriſdictio. 1136
Datur etiam ad intereſſe damni unius cum lucro alterius. 1137
Non niſi 30. annis præſcribitur. eod.
Quomodo ſe Judex gerere debeat in Judicio finali, habetur variis legibus, quas vide. 1138
Pars fundi quæ ob incommoditatem diviſionis uni adjudicatur, fit illius abſque alia traditione. 1139

H.

Hypotheca.

Eſt contractus, qui ſolo conſenſu perficitur; in cæteris convenit cum Pignore, de quo vide: *Pignus.*
Ad conſtituendam hypothecam, non requiritur certa verborum formula, nec ſcriptura 869
In concurſu creditorum, ille, qui habet hypothecam publico inſtrumento munitam, præfertur illi, qui non habet publico inſtrumento vel æquivalente munitam, etiamſi habeat privatum ſcriptum, & tempore priorem ſe dicat, niſi hoc aliunde probet. 870
De Iure Bavarico ſcriptura eſt de ſubſtantia Hypothecæ. 871
Differt à mutuo, quòd conſtituatur in ſecuritatem debiti, & non transferat dominium. 871
Plura de Hypotheca vide: *Pignus.*
Hypotheca dividitur in Tacitam & Expreſſam. Illa eſt, quæ rebus imponitur à lege, in favorem certorum debitorum, & ſubſiſtit abſque conſenſu debitoris, & eo invito. 872 ubi vide exempla. Expreſſa eſt, quæ fit deliberatâ conventione partium, ratione rei principaliter obligatæ. eod.
Hypotheca expreſſa ſubdividitur in Generalem, & Specialem. Illa eſt, quâ omnia bona etiam futura ſubjiciuntur, donec debitum ſolvatur: exceptis iis, quæ hæres poſtea acquiret, & illis, quæ quis in ſpecie non fuiſſet ſubjecturus. Specialis eſt, quâ certa determinata obligantur, & comprehendit etiam per conſequentiam accedentia, item fructus, partus, fœtus, &c. 874
Hypotheca tacita communiter eſt generalis, quandoque tamen etiam ſpecialis. eod.
Hypotheca ſpecialis, quâ v. g. quis obligat omnes ſuas ædes, extenditur etiam ad ædes poſtea acquirendas. 875
Sub generali hypotheca veniunt etiam merces, ſed quando pro illis pretium ſolvitur, deſinunt eſſe hypothecatæ, & earum loco ſuccedit pretium. 876
Veniunt etiam actiones & nomina, item ſervitutes. 877
Comprehendit etiam fructus poſtea apud alium dominum enatos & perceptos, & partus animalium, ancillarum, fructus agrorum, ſi à debitore ſati ſunt. 878. ubi vide plura de fructibus uſufructuarii debitoris.
Si ex fructibus natis venditis ematur aliud prædium, hoc non eſt ſubjectum, ſicut fructus. 879
Neque comprehenduntur illi fructus, qui, poſtquam res principalis alienata fuit, primùm ſati, & percepti ſunt ab eo, qui dominus rei factus eſt. 880
Nec comprehenduntur fructus induſtriales poſtea ab hærede percepti, benè tamen naturales. 881
Nec comprehenduntur fructus ſati & percepti à conductore fundi obligati. 882
Nomina, & Ius perſonale poteſt hypothecari. 890
Vſuſ.

Digitized by Google

Uſusfructus poteſt hypothecari, ſi verò conſolidetur, exſpirat hypotheca, niſi dominus cenſenſiſſet. 893. & ſeq.

Oppignorato prædio, ſervitutes quoque ſunt oppignoratæ & hypothecatæ. 895. & ſeq. ubi plura de ſervitutum hypotheca, quæ vide verbo. *Pignus.*

Feuda non poſſunt hypothecæ ſubjici à Vaſallo. 899

Emptor feudi non habens paratam ſolutionem, non poteſt feudum oppignorare aut hypothecæ ſubjicere, niſi facultas vendendi in favorem Vaſalli conceſſa eſſet, aut oppignoratio cederet in commodum domini. 901

Si dominus directus dedit conſenſum in hypothecam, ſed cum reſtrictione ad certum tempus, elapſo tempore exſpirat hypotheca, etiam durante feudo, quia habet tacitè adjectam clauſulam caſſatoriam. 902

Hypothecato prædio non cenſetur hypothecatum Ius Patronatûs annexum, niſi haberet annexos aliquos ſpeciales reditus, tunc enim hoc jus eſſet hypothecatum. 903

Hypotheca in diem conſtituta, habet prioritatem reſpectu poſterioris abſolutè conſtitutæ ante adventum diei, dummodo pecunia mutua priùs numerata ſit. 914

De Hypothecariorum creditorum ordine prioritatis, vide: *Pignus.*

Hypotheca generalis uni facta, non impedit, quin & alteri fiat: imò etiam cum ſpeciali hypotheca alteri facta conſiſtit etiam in ſcio priore. 920

Si eadem res ſufficiens eſt pro duorum debitis exſolvendis, poteſt hypothecâ ſpeciali duobus obligari, illis inconſultis. 921

Si non ſufficiat, priore creditore conſentiente, & poſteriore etiam conſcio, adhuc poteſt utrique obligari. 922

Si creditor conſentit in certam aliquam perſonam, cenſendus eſt ſibi quoad illam perſonam duntaxat præjudicare voluiſſe, ſi ſcivit non ſufficere pro utroque debito, adeoque amittit prælationem reſpectu hujus ſolius: ſi generaliter permiſit, reſpectu omnium poſtea conſtitutorum hypothecariorum amittit. 923

Si debitor eandem rem inſufficientem duobus creditoribus inſciis obliget, habet ſecundus creditor actionem hypothecariam perſonalem, ut alia res ſufficiens obligetur, & agere poteſt de crimine ſtellionatûs. 924

Hypothecæ Tacitæ ſeu Legales.

Fiſcus habet tacitam hypothecam in omnium ſuorum debitorum bonis omnibus, præſentibus & futuris. 972

Pupilli & Minores habent tacitam hypothecam in bonis ſuorum Tutorum, Curatorum. Item in bonis matris ut tutricis, & in bonis vitrici, ſi mater nupſerit, priusquam liberis tutorem petierit, aut reliqua perſolverit. eod.

Filiusfamilias habet eandem in bonis patris ratione adminiſtrationis adventitiorum maternorum, & uſumfructum. 973

Eccleſia eandem habet in bonis adminiſtratorum. 974

Maritus pro dote ſibi promiſſa eandem habet in bonis illius qui dotem promiſit, ut dos ſolvatur, & ſi quid evincatur, ad intereſſe. eod.

Vxor habet eandem in bonis mariti cum jure prælationis. de quo alibi. 975

Idem dicendum de augmento dotis poſtea ſuperaddito. 976

Idem dicendum de bonis paraphernalibus, ſi à marito adminiſtrentur. 977

Mulier habet eandem ob contradotem, ſed non cum jure prælationis. 978

In re alteri empta ex pecunia pupilli, habet pupillus ratione pretii nondum ſoluti hypothecam ſpecialem tacitam, ità privilegiatam, ut in tali re præferatur omnibus anterioribus hypothecariis, etiam expreſſam hypothecam habentibus. 979

Locatori ſunt obligati fructus prædii locati, item res illatæ in prædium urbanum ab Inquilino. eod.

Legatarii & Fideicommiſſarii habent tacitam hypothecam in bonis teſtatoris. 980

Non extenditur tamen ad res alteri legatas, ſed eas ſolùm quæ apud hæredem manent. eod.

Poteſt teſtator hanc hypothecam in teſtamento remittere. eod.

Credens pecuniam ad reparationem ædificii, habet in eodem ædificio tacitam hypothecam. 982

Non extendenda tamen eſt ad eum, qui credit ad aliquam rem emendam aut de novo ædificandam. Faciliùs extenderetur ad eum, qui ad conſervandam domum vel aliam rem jam ante oppignoratam, alteri crederet pecunias. eod.

Cu

Digitized by Google

I.

Indebiti Condictio.

Cui aliquid indebitum ſolutum eſt, reoetur reſtituere ex Quaſi contractu, qui io pluribus differt à mutuo. 1149
Quando Indebitum ſolvitur in re fungibili, vocatur *Promutuum.* 1150
Ex hoc quaſi Contractu datur Coodictio Indebiti quæ etiam competit ei, qui dubitar, an debeat, & ſolvit reverâ iodebitum. 1152
De rigore Iuris noo conceditur repetitio indebiti ſoluti per ignorantiam Iuris, beoè tamen ex æquitate, quæ tameo æquitas ab ipſo Iure agoita ſit. 1154
Ceſſat hæc actio 1. quando ex cauſa Jurisjurandi ſolutum eſt. 2. Si ſine dolo fuerit tranſactum. 3. Quod ex cauſa judicari ſolutum eſt. 4. Solvens ex cauſa dubia, tali, ex qua graviùs damnaretur, ſi convinceretur. 5. Si ſolutum eſt ex cauſa pietatis credita. 1157
Competit etiam ſolventi debitum ſub conditione aote eveotum conditionis contingeotis. 1158
Interuſurium repeti poſſet ex æquitate, ſi conditio eſt certò eventura. 1159
Competit actio etiam illi, qui dolo inductus ad contrahendum debitum, illud deinde ſolvit. 1160
Qui abſolutus in Iudicio agnoſcit ſe fuiſſe debitorem, & ſolvit, non habet jus repetendi tanquam indebitum. 1161
Qui per errorem ſolvit quod alius deber, putans ſe debere, poteſt ſolutum repetere. 1162
Qui ſolvit copulativè, quod ſolum debebat alternativè ſeu disjunctivè, babet in repetitione electiooem, ſicut habuiſſet in ſolutione. 1163
Datur bæc actio hæredi & contra hæredes. 1164
Si procurator indebitum ſolvit, vel accepit, domino & adverſùs dominum competit, ſi ratum habuit, secùs, conveoit procuratori & contra eondem. 1165
Si res indebita ſoluta noo ampliùs exſtet, petitur æſtimatio, in quantùm alter locupletior factus eſt. 1166
Fructus merè induſtriales non ſunt reſtituendi. eod.
Si duo correi ambo ſolvant totum, neglecto beneficio diviſionis, tunc ſi ſimul ſolverunt, ſinguli poſſunt repetere ſolutum iodebitum, ſi ſucceſſivè, ſolus poſterior. 1167
Poteſt huic actioni à ſolvente validè renuntiari. 1168
Solvens iodebitum per errorem transfert dominium. 1170

Inquiſitores.

Inquiſitorum officium non exſpirat morte Pontificis. 711

Jus Gentium.

Dupliciter ſumitur. 1. Primævum eſt, quod cum ipſo geoere humano ortum eſt, ex ipſo naturæ lumine omoibus inſitum, ut Pietas erga parentes, &c. 2. Eſt Secundarium, quod naturalis ratio per varias experientias conſtituit adhibito diſcurſu. quo ſenſu Vſus monetæ, & Cootractus Emptionis dicitur eſſe Iuris gentium. 3

L.

Legatus.

Legati à latere officium oon exſpirat morte Pootificis. 712

Liber homo.

Quomodo poſſit oppignorari, vide *Pignus.*

Locatio Conductio.

Eſt Contractus Iuris gentium, oominatus, bonæ fidei, ſolo conſeoſu initus, de rei alicujus uſu vel fructu, vel operis hominis, pro mercede certa confeſtim defioita, alteri ab altero coocedeodis. 431
Differt ab Emphyteuſi ſufficieoter per hoc, quòd canoo in Emphyteuſi non habeat ratiooem mercedis. 432
Si determinatio mercis conjecta in tertium ab hoc determioetur, erit Locatio, ſin minùs, non erit. 433
Non reſolvitur, etiamſi merces à locatore, poſtquam ſemel conſtituta eſt, remittatur. 434
Quando res fungibilis locatur, ut in ea aliquid fiat, duo contractus interveniunt, Locationis quidem, quia v. g. aurifaber locat operatio pro mercede, & mutui, quia transfertur dominium auri. 435
Quando res aliqua ad uſum locatur v. g. domus, qui mercedem accipit dicitur Locator, qui dat, Conductor, quando ſubminiſtratur ab aliquo materia laboraoda, volunt aliqui talem eſſe locatorem, etiamſi mercedem ſolvat. Sed magis placet univerſim eum vocari conductorem, qui ſolvit mercedem. 437
Probabilius eſt, mercedem poſſe eſſe in quacunque

quæ materia fungibili, pondere, numero & menſura conſiſtente. 438 & ſeqq.

Quando quis pro pretio obligat ſe ad opus ex ſua materia conficiendum, non eſt Locatio, ſed emptio. 416

Sicut in contractu emptionis, ità & locationis ille præferendus eſt, cui poſt contractum celebratum res locata eſt tradita. 447

Quodſi priori conductori res tradita eſſet traditione fictâ, & poſteriori traditione reali, prior eſſet præferendus. 449

Locatio ad longum tempus transfert dominium utile, & tranſit in contractum Emphyteuſis. 450. & ſeqq.

Conducere fundum colendum prohibentur milites. 457

Conductor poteſt rem conductam ad breve tempus alteri æquè idoneo locare. 458

Non obligatur quidem ſecundus conductor aliquâ actione perſonali, cùm inter illos nihil ſit actum, quæ tamen ſecundus conductor intulit in domum locatam, manent tacitè oppignorata domino pro penſione ſolvenda, quodſi ſecundus conductor ſolviſſet primo conductori & reſpectivè locatori, eſt ab omnibus liberatus, etiamſi ante tempus ſolviſſet. 459

Secundus conductor non poteſt expelli ob negligentiam primi conductoris in ſolvendo, ſi ipſe ſolvit. 460

Sicut res aliena vendi poteſt, ità & locari. 461

Servitutes reales non poſſunt locari, nec à domino fundi dominantis, nec à domino fundi ſervientis. Qui habet præciſè Servitutem uſûs, eam alteri locare non poteſt: Uſusfructus verò & habitatio poſſunt locari, ità tamen ut contractus finiatur finitâ ſervitute, quia reſoluto jure dantis reſolvitur jus accipientis. 462

Ius Vectigalis & Pedagii, etſi reale, locari poteſt, quia principaliter ſpectat commodum perſonæ. eod.

Feudum & Majoratus poſſunt ad modicum tempus locari. 463

Poſſunt etiam locari operæ diurnæ, menſtruæ, annuæ. eod.

Extra neceſſitatem, ob quam poſſunt Nobiles ſuis ſubditis imponere ſubſidium charitativum, non poſſunt Nobiles locare operas ſuorum ruſticorum. 464

Res fungibiles locari non poſſunt, niſi fortè ad pompam & oſtentationem. 465

Non valet locatio, quâ tibi loco rem tuam putans eſſe meam. Valet tamen conductio rei ſuæ ſi ſubeſſet clauſula *conſtituti*, quatenus transferretur in locatorem dominium. 466

Si quis rei ſuæ poſſeſſionem conduxiſſet, & jus proprietatis eſſet controverſum, finitâ locatione teneretur eam reſtituere, & tunc de proprietate litigare, ſecùs ſi jus eſſet liquidum. 467

Quomodo res Eccleſiaſticæ non niſi ad triennium locari poſſint, videndum eſt in tract. 4. tom. 1. n. 100.

Tam Locatoris quàm Conductoris hæredes debent contractui facto ab anteceſſore inſiſtere. nec exſpirat morte locantis, aut conducentis, niſi factus ſit cum clauſula. *Quamdiu voluero*: vel niſi ſit de facto aliquo, quod ab hærede præſtari non poteſt. 469

Qui emit rem locatam ab homine privato, non à fiſco, poteſt conductorem expellere; qui tamen aget contra locatorem ad intereſſe. Idem poteſt, qui acquirit rei locatæ dominium utile. Non tamen ſi per locationem ad longum tempus ipſe conductor acquiſiviſſet utile dominium, vel aliud jus reale, v. g. pignoris. 470 & ſeqq.

Quamvis emptor vellet locationem continuare, non tenetur tamen conductor continuare, ſed poteſt deſiſtere eodem jure, quo emptor poſſet expellere. 473

Quando Fiſco cedunt bona confiſcata locatoris, tunc nec fiſcus tenetur continuare contractum, nec locator tenetur ad intereſſe conductori. 474

Si tamen Fiſcus ſuccedit ut hæres, tenetur ut alii hæredes. eod.

Fidei commiſſarius non tenetur ſtare contractui locationis factæ ab hærede gravato reſtituere. 475

Si Locator decepit conductorem inſcium gravaminis fidei commiſſi, tenebitur hæres gravatus ad intereſſe conductori. Secùs ſi ſcivit contractum non poſſe ulteriùs extendi ad fidei commiſſarium: quo tamen caſu poterit repetere mercedem, ſi quam ſolvit. 476

Tenetur Minorennis ſtare Contractui facto à ſuo tutore quà tali. 477

Re dotali à Marito locatâ, ſoluto matrimonio tenetur Uxor ſtare contractui, ſicut dictum de minore. 478 & ſeqq.

Idem dicendum de Succeſſore Beneficiato. eod.

Quoad tempus ſolvendæ mercedis, conſuetudo, vel pacta obſervanda ſunt, alioquin præſumuntur contrahentes voluiſſe integram ſolvi ad finem anni. Quodſi locatio ad plures annos facta eſt, cenſentur tot eſſe locationes, quot anni in pactum deducti. 483

Si merces ſolvenda eſt ex fructibus, non eſt ſolvenda antequam fructus ſint collecti. 484

Si poſſit conductor oſtendere, ſe tribus continuis annis ſolviſſe, tribus diſtinctis ſolutionibus, uno quoque anno factis, præſumptio ſtat pro conductore, quòd etiam prioribus annis ſolverit, niſi contrariâ probatione elidatur. 485

Ex

Ex libris rationum etiam poteſt haberi præſumptio pro debitore vel contra illum. 487. ubi vide diſcrimen inter librum creditoris, & debitoris. 487

Si res locata vendita eſſet, & emptori facta trina ſolutio, præſumerentur etiam factæ ſolutiones venditori, niſi contrarium probet. 488

Probalius eſt, Conductorem fieri dominum fructuum perceptorum, etiamſi non ſolverit penſionem, quod & praxis obſervat. 490

Ob ſterilitatem ſupervenientem non liberatur Conductor, ſpectato jure naturæ, à penſionibus ſolvendis, quia cenſetur caſus fortuitos in ſe recepiſſe, ſi taxatio eſt facta ſecundùm æſtimationem periculi caſuum. Quodſi pacto expreſſo in ſe recepit caſus fortuitos, probabiliter ſolùm extenditur ad caſus non penitus inſolitos. 493. 494

Si nulli fructus à conductore colligi poſſunt ob ſterilitatem omnimodam abſque conductoris culpa, liberatur conductor à penſione ſolvenda. 495

Si ſterilitas non eſt quidem omnimoda, eſt tamen magna, remittendum eſt de penſione cùm proportione. 496

Si modica eſt ſterilitas, non cogitur aliquid remittere locator. 497

Illa autem cenſetur eſſe immodica ſterilitas, quæ tanta eſt, ut ſi non remitteretur aliquid de penſione, abſterrerentur coloni à conducendis fundis: in quo prudentum arbitrio ſtandum eſt: & practicè illa aſſignatur: quando ob paucitatem fructuum, deducto ſemine & expenſis, ſi ſolveretur integra penſio, conductor læderetur ultra dimidium juſti pretii. 498

Tempus computandi eſt, quando fructus jam ſunt in horreum, vel ſimilem locum, cellam, ſtabulum, accepti, & jam plenus eorum uſus eſſe poteſt. 500

Ut penitus liberetur Conductor, non ſufficit, quòd deductis impenſis nulli fructus ſint reſidui, ſed requiritur, ut nullos omnino fructus perceperit, adeoque & ſeminis jacturam fecerit. 501

Si ſterilitatis cauſa non eſt inſolita: ſed ſæpiùs accidere conſueta, & quidem circa talem determinatum locum, cujuſmodi eſſet inundatio fluminum tali agro adjacentium; non eſt neceſſe, aliquid de penſione remitti. 502

Quando ſterilitas evenit culpâ conductoris, de jure nihil penſionis remittitur. 503

Si moraliter certò conſtaret, ſterilitatem eſſe pœnam Dei, nihil eſſet de penſione remittendum. 504

Colono partiario nihil penitus remittitur ob ſterilitatem. 506

Quando intra tempus locationis, præcedente, vel ſubſequente ſterilitatem anno, vel annis, ſterilitas compenſatur fertilitate, etiamſi non fuerint anni proximi, nihil de penſione remittitur, & ſi quid remiſſum eſt, factâ poſtmodum compenſatione repeti poteſt in quantum compenſatum eſt. 507

Ut cenſeatur fieri compenſatio, tanta debet eſſe ubertas, ut computatis ſemine, & expenſis aliorum annorum, & penſionibus ſolutis tantum lucrum remanſerit conductori, ut addito illo lucro huic ſterilitatis anno damnum præſens deſinat eſſe notabile, hoc eſt, non cogatur conductor ex ſuo ſolvere plus, quàm dimidiam partem penſionis præſentis. 508

Penſio nunquam eſt augenda, undecunque, & quantumcunque creſcat ubertas fructuum. 510 & ſeqq.

Si domus locata propter hoſtium irruptionem imminentem, incendium, ruinæ periculum, lemurum infeſtationem, &c. deſinit eſſe habitabilis, liberatur conductor pro rata temporis. 513

Si conductor domum reliquit, quia jam peſte infecta eſt, liberatur, ſi verò deſerat, ut ad ſecuriorem locum ſe conferat, quia v. g. civitas infecta eſt, non liberatur. 514

Si conductor in cauſa eſt, cur non poſſit uti domo locatâ, poteſt dominus totam penſionem exigere, ſi nulli alteri locet: ſi verò locet, tantò minùs debet de penſione accipere à priore conductore. 515

Impedimẽto proveniente à locatore potente illud impedire, & non impediente, vel potente monere conductorem & non monente, tenetur locator non ſolùm ad remittendam penſionem, ſed etiam ad intereſſe. 517

Probabile eſt, quòd ſicut venditor, ità & locator non teneatur de damno extrinſeco, niſi conductor eſſet mercator. 518

Conductor, per ſe loquendo, & niſi vel expreſſè vel tacitè aliud inter eos convenerit, tenetur ſolùm ad culpam levem, h. e. illam diligentiam præſtandam, quàm ſolent communiter patresfamilias non incurii in ſuis rebus adhibere. 520. Et ſeqq. ubi vide varia exempla culpæ levis.

Quando in domo locata ortum eſt incendium ab inhabitantibus, ſed neſcitur cujus culpâ; non poteſt univerſaliter præſumptio Iuris eſſe pro conductore, & incendium numerari inter caſus fortuitos, nec etiam contra illum, quaſi culpam commiſiſſet, ſed pendet ex variis circumſtantiis; quid ſit præſumendum. 525. & ſeqq.

Quando DD. communiter dicunt, præſumi culpam leviſſimam ſolùm, intelligi volunt de culpa, quæ in omittendo vel negligendo conſiſtit, non quæ in comittendo vel faciendo, adeoque ex tali culpa non poſſe puniri,

niti, aut ad reparationem condemnari. 528
Ad condemnandũ requiritur, ut probetur culpa alicujus certæ & determinatæ perſonæ, niſi Incola eſſet malæ fidei poſſeſſor. 519
Culpa probanda eſt ſaltem conjecturis & indiciis, Iudicis arbitrio. Si unicus inhabitat, capi poteſt, & inquiri, ſed non condemnari. eod.
Culpa lata & levis præſumitur, ſi actor doceat, Inquilinum in loco incongruo & periculoſo ignem excitâſſe. 530
Conductor poteſt à locatore expelli ante finitum tempus ex 4. cauſis. Prima eſt, ſi debito tempore penſionem non ſolvat. 531
Et hoc verum eſt, etiamſi conventum eſſet, ut nec ante tempus expelli poſſet, nec conductor ſponte recedere, adjectâ pœnâ. 532
Iure Cæſareo non requiritur biennium. 534
De Iure Canonico videtur requiri biennium. 535
Secunda cauſa expellendi legitimè, eſt neceſſitas poſt factam locationem Locatori ſuperveniens, nec prævíſa, inhabitandi domum locatam. 536
Si quis plures haberet domus locatas, in tali neceſſitate poſſet expellere quem mallet, niſi ex æquitate potiùs expellendus eſſet unus præ alio, ob penſionem non ſolutam. 537
Quodſi pactum adjectum eſſet, de non expellendo, non videtur ex hac cauſa expelli poſſe. 538
Extendenda eſt hæc cauſa etiam ad prædia ruſtica locata. 539
Tertia cauſa eſt, neceſſitas reficiendi ædes locatas, quæ refectio cùm ad locatorem ſpectet, poteſt quandoque non perfici niſi emigrante conductore. eod.
Quarta cauſa eſt, abuſus rei conductæ. 540
Si conductoris perverſa converſatio in ædibus eſt ejusmodi, ut nec deceat, nec liceat conductorem tolerare, poteſt totam penſionem exigere, ſi non poteſt commodè habere alium, qui absque tali abuſu velit conducere. Si non infert talem neceſſitatem, ſed poſſet tolerari bonâ conſcientiâ, & poſſet conveniri conductor ratione damni, non poterit exigere niſi pro rata temporis. 541
Expulſio ex dictis cauſis fieri poſſet, etiamſi ad contractûs ſecuritatem res locata hypothecæ ſubjecta eſſet. 542
Non poteſt tamen locator propriâ auctoritate expellere conductorem. 543
Varii ſunt caſus & exempla in Iure comprehenſa, quibus locator culpam præſtare tenetur, aut damnum etiam ſine culpa datum. qui referuntur à n. 544.
In faciendis expenſis in rem locatam, loci conſuetudo obſervanda eſt, ſecundùm quam cenſetur contractus celebratus. 548
Locator tenetur facere illas expenſas, quæ ad perpetuam rei locatæ utilitatem conſervandam ſunt neceſſariæ. 549
Ad locatorem etiam ſpectant illæ expenſæ, quæ neceſſariæ ſunt, ad hoc, ut re locatâ conductor utiliter frui poſſit, ut eſt refectio ædiũ, purgatio cloacæ, &c. quales ſi conductor fecit, poteſt eas repetere, vel in penſionem computare. 550
Idem dicendum de expenſis utilibus à conductore factis cum tacito conſenſu locatoris, etiã caſu quo culpâ ſuâ ante finitum tempus expelleretur. 551
Si ſine conſenſu fecit, poteſt eas auferre, ſi fieri poteſt ſine detrimento rei locatæ: niſi conventum eſſet, ut conductor curaret perfici, etiamſi non eſſet expreſſum, cujus expenſis. 552
Ob expenſas à locatore reſtituendas, poteſt Conductor rem locatam retinere, quouſque ſolvantur. 553
In Prædium Vrbanum locatum & ædes quæcunq; ſunt inducta, ſunt tacitè hypothecata. Si verò ruſticum ſit, ea ſolùm, quæ ſciente locatore ſunt invecta. 554. de quo tamen iterum infrà n. 575
Hoc tamen reſtringitur ad res eo animo illatas, ut ſtabiliter ibi ſerventur: neque tamen ceſſant eſſe obligatæ, ſi, poſtquam tali animo ſunt illatæ, poſtmodum animo mutato auferantur. 556
Res aliena illata tunc ſolùm eſt oppignorata, quando dominus in fraudem locatoris permiſiſſet res ſuas inſerri, quaſi eſſent conductoris, ut penſio non urgeretur. 557
Inſpecto Iure, etiam libri ſtudiorum causâ illati, imò & opificum inſtrumenta, non ſubſunt obligationi, ſed in hoc conſuetudo attendenda. 558
Elapſo tempore, ſi locator non urgeat, & conductor perſiſtat, an cenſeatur tacito conſenſu contractus renovatus, diſtinguendum eſt inter prædium urbanum & ruſticum. Si ſit urbanum, vel domus, non ultra cenſetur protractus, quàm donec alteruter velit recedere. Si ruſticum, cenſetur protractus ad integrum annum, ſed non ultra. 559. 560. ubi vide Corollaria.
Prorogatâ locatione per tacitum conſenſum etiam pignora manent obligata. 560
Quando finitâ locatione res iterum elocanda eſt, conductor reſpectu rei privatæ non habet jus prælationis, etiamſi majus pretium offerat, ſed dominus poteſt, cui voluerit elocare. 561
Habet tamen jus prælationis in prædiis communibus aut Fiſci, dummodo idem pretium quod alius offert, ſolvere velit. 562
Qui conducti operarii non ampliùs vult uti operâ, per ſe loquendo tenetur ad totam mercedem, ſi per operarium non ſtetit, nec al-

teri

teri operam locavit. 564

Si famulus ante lapſum integri temporis ad quod conductus eſt, diſcedat, jure naturæ ſpectato ſolvendi eſt merces pro tempore præterito: ſi tamē ſine cauſa receſſiſſet, teneretur redire ad dominū, alioqui teneretur domino ad intereſſe. 566. ubi: quid Iure Bavarico.

Si famulus ad notabile tempus ægrotavit, non habet jus exigendi totam mercedem, niſi famulatus conſiſteret in talibus obſequiis, ut poſſet neglectus intra reliquum tempus compenſari, & compenſaretur extraordinario labore. 567

Quamvis Dominus non teneatur ad expenſas pro cura famuli, ſi tamen illas facit, nec aliud monet, cenſetur donare. 569

Non tenetur famulus tempus morbi compenſare extendendo famulatum: eod.

Locatori competit actio Locati ejuſque hæredi adversùs conductorem, ejuſque hæredem, ad hoc maximè tendens, ut merces unà cum uſuris poſt moram, ſolvatur. Eâdem petit ſibi rem locatam reſtitui, quamvis ad hoc competat etiam rei vindicatio. Denique, ut res locata deterior facta reficiatur, & omnia damna ex levi culpa illata refundantur: & etiam, ſi cum damno locatoris à contractu recederet. 570

Iure Bavarico conſtitutum eſt, ut conductor ob culpam conventus, debeat ſe purgare vel per teſtes, vel his deficientibus, per juramentum, de quo plura. 572

Conductor ſi rem domino recuperare volenti non reſtituerit, ſed litem uſque ad definitivam ſententiam exſpectaverit, non ſolùm rem locatam, ſed etiam æſtimationem ejus præbere compellitur. 573

Locatori fundi Ruſtici, competit actio Serviana, & Locatori predii Vrbani Quaſi Serviana, de quibus vide. *Serviana actio.*

Conductori datur actio Conducti, ad hoc principaliter, ut re conductâ uti frui licere præſtet, aut intereſſe ſolvat. Item, ut domum locis neceſſariis reficiat, vel mercedem pro rata temporis remittat, quo non poteſt conductor ædibus commodè uti: item ut damna ex rei locatæ vitio refundat: item ut ob rei locatæ interitum, ſterilitatem, &c. mercedem proportionaliter remittat, impenſas ſolvat, &c. omnia cum limitationibus ſuprà poſitis, cùm ageretur de obligationibus Locatoris. 578

Ludus.

Eſt contractus innominatus, quo Victori certaminis, res ab utroque expoſita tribuitur. 1068. ubi referuntur conditiones ad Iuſtitiam requiſitæ. Itaque

Ludens debet habere vel dominium, vel liberam diſpoſitionem & adminiſtrationem in illius rei, quam ludo & fortunæ exponit. 1069

Si ludus ſit licitus, victori tenetur victus de evictione rei expoſitæ. 1070

Si exponens rem uſu conſumptibilem alienam habet unde compenſet, lucrans nihil tenetur reſtituere, ſi neſcivit eſſe alienam: ſi non habet, tenetur de evictione, ſi lucrans neſcivit: ſi ſcivit, ludus non valebat. 1072

Si luſor non habens unde ludat, furetur colluſori, & lucretur, poteſt lucrum retinere, reſtituto furto, ſi haberet unde reſtitueret etiam perdita ablata. 1073

Is qui metu alium compulit ad ludendum, tenetur lucrum reſtituere, non item qui metum paſſus eſt. 1074

Idem dicendum de inducente per dolum. 1075

Error proprius nocet erranti, nec alter tenetur monere de errore. 1077

Inſpectio chartæ per alterius injuriam non eſt fraus illicita, benè tamen ſi de induſtria. eod.

Qui ob fraudes commiſſas debet v. g. 10. deinde eodem ludo perdat eoſdem, debet nihilominus ſolvere. 1078

Non valet ludus, ſi unus ſcit ſe longè meliùs callere ludum, & moraliter certus ſit de ludo, etiamſi non ſimulet ſe æqualem. 1079

Quodſi alter ſcit ſe inferiorem, & tamen vult ludere, præſumetur, animus donandi. 1080

Non tenetur lucrum reſtituere is qui lucratur ludo privilegiato, hoc eſt, ut beneficio legis poſſit quis non ſolvere, aut repetere ſolutum: etiamſi à principio habuiſſet occultum animum non ſolvendi, & etiamſi alter habuiſſet animum ſolvendi & non repetendi. 1081

Prohibetur in Iure ludus alearum, & luſus in certis locis. 1083

Iure Bavarico accuratiùs de ludo varia ſtatuuntur 1084

M.

Mandati Contractus.

Eſt contractus Iuris gentium, nominatus, bonæ fidei, nudo conſenſu inſtus, quo negotium aliquod gratis efficiendum voluntariè ſuſcipienti committitur, expreſsè, vel tacitè. 655

Dicitur Contractus bonæ fidei, non quaſi poſſit fines mandati Mandatarius excedere, ſed hac ratione, quòd Mandator & Mandatarius aliqua invicem ex æquo & bono præſtare debeant, etiamſi eorum non fuerit expreſſa mentio facta. 657

Non

Non vitiat contractum Mandati, ſi ſuſcipiatur ſpe alicujus remunerationis, etiamſi animo conſtitutum eſſet, non recipere, ſi nulla remunerațio ſequeretur. 660

Quodſi honorarium promitteretur cum obligatione Juſtitiæ, eſſet potiùs contractus innominatus *do, ut facias.* nec honorarium peti poſſet actione Mandati, ſed *Præſcriptis verbis.* 661

Dividitur Mandatum 1. in Expreſſum & Tacitum, quo ſcilicet quis ſciens prudens patitur rem ſuam ab alio geri. Quod tamen non habet locum in re turpi. 665

Dividitur 2. in generale, & ſpeciale. Illud eſt, quando quis committit omnia ſua negotia, vel bona adminiſtranda. Hoc verò eſt, cùm datur mandatum ad certam litem, vel negotium in ſpecie. 666

Generale ſubdividitur in generale cum clauſula, *cum libera*, & ſine hac clauſula. eod.

Mandatarius extra judicialis poteſt loco ſui alium ſubſtituere, niſi ſpecialiter prohibeatur, aut negotii gravitas obſiſtat: Judicialis hoc non poteſt. Judicialis enim per litis conteſtationem fit dominus litis, ità ut omnes actus Judiciales in ipſum dirigantur de jure communi, & in ipſum feratur ſententia. conſuetudo tamen habet, ut exceptis cauſis infamiam irrogantibus, dominus condemnetur. 668

In Mandato conſtituendo ſex ſpecies concipi poſſunt, quas vide, n. eod.

Quando in alieni, ſeu tertii utilitatem mandatum ſit, illi extraneo non acquiritur obligatio. 669

Quando in ſolius mandatarii utilitatem tendit mandatum, non naſcitur actio mandati, quia tunc mandans agit potiùs conſiliarium, qui non obligatur. eod. ubi vide exemplum.

Quodſi dolo conſilium noxium datum eſſet, teneretur actione de dolo. 670

Verius eſt Mandatario ſemper leviſſimam culpam eſſe præſtandam, quando ſolius mandantis utilitatem ſpectat. 671

Mandatarius obligatur Mandanti, ut tempore congruo integrè & bonâ fide mandatum exequatur, & illi reſtituat, ſi quod emolumentum vi executionis mandati ad eum pervenit, & ut perveniret, per mandatum ſaltem in conſequentiam intendebatur: item ſi quid reſiduum eſt ex datis ad mandatum exequendum. 676

Si intereſt Mandatoris mandatum fuiſſe datum executioni ſecundùm tenorem & formam præſcriptam ac bonam fidem, & mandatarius negligat, nec renunciet, ſi poſſit, condemnatur in id quod intereſt, ſi non intereſt, ceſſat mandati obligatio. 677

Debet etiam rationem reddere negotii geſti, & non ſolùm reſtituere, quæ ad eum per cauſam mandati pervenerunt, ſed etiam, ſi per errorem vel injuriam Judicis indebitum per cauſam mandati conſecutus eſt, id quoque reſtituere tenetur, item & actiones quæſitas mandatori cedere. 678

Mandatario competit actio mandati contraria adverſus Mandatorē, quâ conſequitur ea, quæ ſunt ei neceſſaria ad mandati executionem, item ad refundendum quod expendit ex propriis, vel damnum quod paſſus eſt: item ut Mandator ſuſcipiat in obligationem, quam procuratorio nomine contraxit, ſive impletum ſit mandatum, ſive pro impleto habeatur. 679

Mandator tenetur debita ex mandato contracta in ſe recipere, & mandatarium liberare, vel certè illi cavere de indemni conſervando; quo caſu tenetur mandatarius viciſſim cedere actiones. 680

Mandator tenetur etiam præſtare caſum fortuitum, qui aliquo modo poterat timeri. 681

Mandatarius fines mandati nec excedere debet, nec deficere, alioquin actione mandati conveniri poteſt. 682. ubi exemplum.

Satisfacit mandato, ſi juſſus rem vendere non taxato pretio, vendat minimo, & ſi emere, emat ſummo. Item ſatisfacit, ſi vendat cariùs, quàm ſit juſſus, quamvis lucrum cedat mandanti, niſi aliud expreſſerit. 683

Si cariùs emat, quàm juſſus eſt, conſequetur actione mandati contrariâ pretium à mandante taxatum. 684

Neque utili negotiorum geſtorum actione exceſſum conſequetur. 685

Non licet Mandatario aliud pro alio facere, etiamſi putet magis commodum futurum mandanti. 686. ubi exemplum.

Negotio mandato cenſentur etiam mandata illa, quæ communiter tali negotio annexa ſunt. 687

Mandatarius ſeu Procurator ad lites, non poteſt alteri demandare, benè tamen ad negotia. 688

Prohibentur mandatum dare, vel accipere conducendi res aliorum, Milites, Curiales, Clerici, Monachi. Si tamen Clerici contraveniant; non videntur eorum actus irritari Iure Canonico. 689

Non cenſetur eſſe idoneus procurator ad litem, qui Reipublicæ causâ abfuturus eſt, aut morbo perpetuo tenetur, ut propriis rebus præeſſe non poſſit: aut, qui Magiſtratum geſturus eſt, aut invitus judicium pati non poteſt. 690

Reus criminis non permittitur eſſe defenſor, priuſquam crimen purget. eod.

Filiusfamilias poteſt dare vel accipere mandatum ſolvendi pro alio, ſi habet bona, in quibus

bus

bus pater Vſumfructum non habet. 691
Filius ſolvens debitum patris ex mandato patris, poteſt ſolutum actione contrariâ conſequi. 692
Non poteſt mulier validè mandare alteri, ut pro alio fidejubeat. 693. ubi vide diſtinctionem.
Is, cujus bona ſunt publicata, & fiſco adjudicata, poteſt alteri mandare, ut illa bona emat. 694

Mandatum ſpeciale requirentia.

Reſtitutio in integrum meo nomine petenda à Mandatario habente generale mandatum, requirit mandatum ſpeciale. 695
Non eſt tamen neceſſe, inſeri ſpecificè cauſam, ob quam petitur reſtitutio, ſed ſufficit, procurationis inſtrumento inſeri clauſulam: & ad procurandam in integrum reſtitutionem, conſtitutus eſt talis procurator. 696
Adminiſtratores tamen alieni patrimonii non indigent ſpeciali mandato. eod.
Speciale mandatum requiritur ad accuſandum in cauſa famæ. eod.
Speciale mandatum requiritur ad contrahendum nomine principalis matrimonium, ſicut & ſponſalia. 697
Speciale mandatum requiritur ad remittendum Ius Pignoris, aut Hypothecæ. eod.
Speciale mandatum requiritur ad obtinendum Interdictum de liberis exhibendis. eod.
Item, ad impetrandas litteras Apoſtolicas ad lites. 698
Item ad alienandas res mandantis. eod.
Item ad tranſigendum & liberandum adverſarium. eod.
Item ad deferendum, vel præſtandum juramentum in eo qui non eſt adminiſtrator omnium bonorum. 699

Mandatum cum Libera.

Mandato generali quandoque additur clauſula: *cum Libera*. h. e. cum plena poteſtate. acſi nominatim omnium negotiorum mandatum datum eſſet. Talis Mandatarius præter adminiſtrationem poteſt omnia, quæ veroſimiliter ipſe dominus facturus eſſet: adeoque alienare, exigere æs alienum, novare, ſolvere, &c. 700
Extendit ſe etiam hujuſmodi mandatum ad omnia, quæ cæteroquin ſpeciale mandatum requirunt. 702
Non procedit tamen in illis, quæ mandatarius dolo aut malâ fide ageret: nec etiam illi licet donare, niſi rationabiliter judicaret, dominum donaturum. 703
Si tali ſolveretur Indebitum, poſſet ſolvens repetere. 704

Mandati extinctio.

Vt revocatio mandati ſit efficax ad impediendam actionem mandati contrariam in mandatario, debet fieri re adhuc integrâ, ſine præjudicio mandatarii. Nec ſufficeret revocatio per ſe, ſed debet innoteſcere mandatario, alioquin actus valet. Excepto matrimonio per procuratorem contracto, quod non valeret, ſi conſenſus revocatus eſſet. 705
Re venditâ, ſtante traditionem ſuperveniat revocatio, non impedict, quominus traditio ſubſequens rectè fiat. 706
Revocatio eſſet efficax, etiamſi juratum eſſet de non revocando. 707
In procuratore ad lites, non ſufficit innotuiſſe revocationem, ſed inſuper neceſſe eſt, ut innoteſcat etiam adverſario & Iudici. 708
Mandatum ſuſceptum eſt conſummandum, aut quamprimùm renuntiandum, ut mandans per ſeipſum aut per alium eandem rem exequatur. eod.
Nec poteſt mandatarius ſemel ſuſceptum mandatum ad libitum, & ſine cauſa impoſſibilitante moraliter executionem renuntiare. 709
Poteſt intempeſtivè renuntiare ob ſupervenientem adverſam valetudinem, inimicitias, infamationem, exilium. &c. eod.
Solvitur mandatum morte alterutrius ſupervenientc, per ſe loquendo & plerumque. 710
Si mortem mandantis probabili ignorantiâ ignoret mandatarius, & poſtea negotium exequatur bonâ fide, perinde eſt, acſi vivo mandante fuiſſet executus. eod.
Si mandatum in tempus mortis factum eſt, non ſolvitur morte, ſi hæredum intereſt non ſolvi. eod.
Officium Inquiſitorum, quamvis ſit à Romano Pontifice demandatum, non extinguitur obitu Pontificis. 711
Neque officium Legati à latere miſſi ad aliquam provinciam. 712
Quando morte mandantis vel mandatarii executio plena mandati intercidit, pro eâ parte quæ executioni mandata jam eſt, mandati actio perdurat. eod.
Finitur mandatum etiam furore ſupervenientc mandanti re adhuc integrâ. 713

Ma-

Matrimonium.

Non valeret, ſi per procuratorem contraheretur poſtquam conſenſus mandantis revocatus eſſet, etiam ignaro procuratore, qui potiùs eſt Internuntius quàm Mandatarius. 705

Monopolium.

Monopolium eſt venditio quæ fit ab uno ſolo in Civitate vel Provincia: quod tamen poſſunt plures per modum unius inſtituere, ut illi ſoli certam mercem vendant, quod tamen privatâ auctoritate non permittitur, benè tamen auctoritate publicâ in bonum Reipublicæ & Communitatis. 275

Poſſunt Monopolæ conſpirare, ut nemo eorum vendat niſi pretio ſummo. 276

Neque eſt contra Iuſtitiam, emere tempore opportuno merces certæ ſpeciei in maxima quantitate, pretio vili tunc currente, ut inde cogantur alii emere pretio majore, ob defectum mercis ab aliis comparabilis. 278

Mora.

Mora poteſt committi antequam perveniatur ad Iudicem, in re commodata, ſi elapſo tempore monitus Commodatarius non reſtituat, nec habet cauſas relevantes. 735

Poteſt perveniri ad Iudicem, quin aliqua mora præceſſerit, ſi tempus interpellet: & hodierno jure non eſt ampliùs neceſſe interpellari debitorem priuſquam ad Iudicem eatur. eod.

Morbus.

Iuriſtæ faciunt diſcrimen inter Morbum & Vitium rei venditæ. aliqui vitium dicunt eſſe nomen generale, morbum ſpecificum, v. g. imbecillitatem quæ uſum adimat, ut cæcitas. Vitium verò erit balbuties. Alii diſtinguunt, quòd vitium ſit perpetuum, morbus acceſſu & receſſu varietur. 269

N.

Negotiatio.

NEgotiati dicuntur Mercatores qui rem emptam immutatam iterum vendunt. & hi dicuntur à Canonibus ejici de templo Dei, hoc eſt, eſſe indigni Clericatu. 280. ubi referuntur pœnæ Clericis negotiantibus conſtitutæ.

Vnus alterque actus à Clerico exercitus, non eſt peccatum mortale. 281

Prohibitio negotiationis extenditur etiã ad Clericos habentes beneficium ſufficiens ad ſuſtentationem, etiamſi necdum ſint in Sacris conſtituti. 282

Non eſt Clericis prohibitum emere pecora, quæ deinde in ſuis paſcuis ſaginata vendant. 283

In Religione Societatis Ieſu quædam prohibentur, quæ ſpeciem Negotiationis præſeferunt. 284

Non eſt contra Canones, quòd Clericus alteri committat pecunias ad negotiandum, ut ipſe nihil impediatur à ſuo miniſterio, & ſcandalum abſit: non debet tamen hoc fieri abſque urgente cauſa. ex qua Clericis & Religioſis negotiatio eſt licita. 285. ubi vide exempla.

Negotiorum Geſtio.

Eſt Quaſi Contractus, quo quis alterius negotium ad rem familiarem pertinens ſine mandato gerendum ſuſcipit. 1104

Non requiritur ignorantia in eo cujus negotium geritur. 1105

Si ſuperveniat Ratihabitio, convenit etiam actio mandati, & non tantùm negotiorum geſtorum. 1106

Poteſt eſſe neceſſaria, urgente neceſſitate vel neceſſitatis ſuſpicione. 1107. ubi referuntur caſus.

Debet negotiorum geſtor habere opinionem, ſe alterius negotia gerere, animúmque eum ſibi obligandi. 1108

Non obſtaret tamen ſi erràſſet in perſona. 1109

Ex hoc Contractu naſcitur duplex actio. Directa, quâ petitur à negotiorum geſtore, ut adminiſtrationis rationem reddat, & ſi quid ad eum pervenit, ex æquo & bono præſtet, damnum culpâ datum reſarciat. Contrariâ petit negotiorum geſtor ut indemnis ſervetur. 1110

Competit hæc actio, etiamſi caſu fortuito omnis utilitas everſa eſt. 1111. ubi vide exceptionem pupilli.

Non competit, ſi alteri à parte rei non eſt grata negotiorum geſtio, & hoc poſſit probare. 1112

Qui gerit unum negotium alterius, non poteſt cogi ad cætera quoque gerenda, quæ ad illud non ſpectant. 1113

Si plures adminiſtrant diverſa bona ejuſdem, v. g. hæreditaria, & unus fiat non ſolvendo, periculum eſt hæredis. 1114

Iur.

Iura de quibuſdam perſonis præſumunt, quòd noluerint ſibi obligare illos, quorum negotia geſſerunt. 1115. ubi vide præſumptiones.

Quoad culpam ad quam tenetur negotiorum geſtor, diſtinguendum eſt. Si negotia alterius fuerunt ità deſerta, ut præter me nemo alius geſſiſſet, tenebor ſolùm de culpa lata. Si alius geſſiſſet, & ſummam diligentiam adhibuiſſet, tenebor de culpa leviſſima, ſecùs ſolùm de levi. 1116

Caſus fortuitus ex legis diſpoſitione in quibuſdam caſibus ad geſtorem ſpectat. 1117. ubi recenſentur.

Nomina.

Nomina vocantur à Iuriſtis actiones illæ, quæ alicui competunt ad petendam ab altero ſolutionem debiti: dicuntur etiam Credita, vel Debita, Chirographa. 98

Nummularii.

Sunt illi, qui negotiantium in Nundinis recipiunt pecunias quaſi in Cuſtodiam, nec tamen ſunt propriè Depoſitarii, cùm eorum periculo ſit pecunia depoſita. 420

Peccant graviter, ſi pecuniam depoſitam ad ſuas negotiationes exponant cum propinquo periculo non habendi ſuo tempore quando à deponentibus exigetur. 421

Quando ex pecuniis depoſitis lucrantur, non tenentur Deponentes ad aliud ſalarium. 422 ubi vide limitationem.

Non poteſt deponens in commodum Nummularii aliquid ab hoc ex Iuſtitia exigere præcisè ex hoc titulo, benè tamen acceptare quod gratitudinis titulo offertur. 423

P.

Patronatus.

IUs patronatûs non hypothecatur hypothecato prædio. 905

Permutatio.

Eſt Contractus Iuris gentium, Innominatus, Bonæ fidei, & re perficitur, dum unus aliquid dat, ut aliud accipiat. 1059

Non diſtinguitur à Contractu: *Do ut des.* 1060

Non poteſt, ſicut Venditio, celebrari traditione rei alienæ. 1061

Illi qui ex ſua parte implevit, datur actio Præſcriptis verbis, vel ſi malit, Condictio ex capite pœnitentiæ. 1063

Ius pœnitendi transmittitur ad hæredes. 1064

Pignus.

Pignoris obligatio in aliquo caſu faciliùs diſſolvitur quàm Contractus emptionis, nempe, quia etiam abſque retrotraditione poteſt nudo pacto diſſolvi. 165

Pignus retineri poteſt non ſolùm pro pecunia, pro qua acceptum, ſed etiam pro alio debito quocunque. 851

Pignus ſumptum pro objecto contractûs, & ut præſcindens ab hypotheca, & pignore ſpecificè ſumpto, eſt: Res ſubjecta obligativè pro debito, ut niſi impleatur, inde ſatisfiat. Contractus verò eſt, quo aliquid creditori in debiti ſolutionem obligatur, ut inde ſatisfiat, ſi aliter non ſit ſatisfactum. 867

Nomine *Pignoris* in ſtricta acceptione non venit Hypotheca, nec ad hanc extenderetur ſtatutum de Pignore. 868

Differt Pignus ſpecificè ab Hypotheca, quòd, etſi poſſit utrumque conſtitui tam in re mobili, quàm immobili, Pignus traditione perficiatur, Hypotheca ſolâ conventione. 869. ubi vide Caſum.

Pignus preſsè ſumptum aliud eſt Conventionale, aliud Prætorium, aliud Iudiciale. Prætorium eſt, quod Iudicis edicto ante ſententiam definitivam in pœnam contumaciæ conſtituitur per miſſionem in poſſeſſionem debitoris contumacis, quâ non acquirit poſſeſſionem, ſed ſolam detentionem. Iudiciale eſt, quod conſtituitur Prætoris decreto per immiſſionem, quâ creditor acquirit poſſeſſionem qualem acquirit per Conventionalem. 873

Res aliena inſcio domino aut non ratum habente, oppignorari non poteſt: ſi tamen ratum habuerit, valet pignus, & retrotrahitur ad tempus oppignorationis factæ, ſalvo jure tertii, cui ante illam ratihabitationem eadem res eſſet oppignorata ab ipſo domino, qui præferretur poſteriori. 883

Quando non approbante domino, & inſcio creditore res aliena obligata fuit, competit creditori actio pignoratitia contraria adversùs debitorem, ut rem aliam æquè bonam oppignoret. 884

Si debitor poſtmodum fiat dominus rei alienæ oppignoratæ, competit creditori eadem actio in rem illam. 885

Non haberet creditor actionem adversùs dominum, etiamſi is hæres debitoris exiſteret. Poſſet tamen creditor actione perſonali util. agere, ut hæres pignus approbet. 886

Qui ſpem habet rei conſequendæ, poteſt illam oppignorare ſub conditione, ſi eam acquiſiverit. 887

Poteſt Creditor rem ſibi oppignoratam alteri ſuo creditori oppignorare ratione juris realis, quod in tali re habet. 888

Si conſentiente primo debitore & pignoris domino, creditor pignus obligavit alteri pro pecunia ſibi credenda, & à primo debitore debita, tunc, etiamſi dominus pignoris ſolvat debitum, adhuc perdurat pignus apud ſecundum creditorem. Poteſt tamen dominus

nus agere adverſùs ſuum creditorem cui jam ſolvit, actione præſcriptis verbis, ut pignus luat, ſibique reſtituat. 889

Nomina, ut litteræ cenſuales, ipſumque jus perſonale, poteſt oppignorari, & hypothecæ ſubjici. 890

Si creditor, conſtitutâ tali hypothecâ, à debitore ſui debitoris exegerit debitum pecuniarium, fit dominus pecuniæ, & cum debito compenſabit, ejuſque debitor liberabitur: ſi fuerit corpus debitum, retinebit ut ſibi oppignoratum. 891

In tali caſu datur creditori utilis actio pignoraticia contraria adverſùs debitorem ſui debitoris, ſed non ultra, quàm ſibi debetur, & quantum alter debet. 892. ubi vide exemplum.

Uſusfructus poteſt ab Uſufructuario pignori, & hypothecæ ſubjici. 893

Si Uſusfructus hypothecatus conſolidetur cum proprietate, exſpirat hypotheca, niſi dominus proprietatis cõſenſiſſet, ut etiã in ulterius tempus eſſet hypothecatus. 894

Oppignorato prædio, ſervitutes quoque in conſequentiam ſunt oppignoratæ. 895

Servitutes urbanæ ſeorſim ſumptæ, non poſſunt oppignorari, lege id prohibente. eod.

Servitutes jam conſtitutæ, nec Urbanæ, nec Ruſticæ, poſſunt ſeparatim pignori dari, aut hypothecæ ſubjici. 896

Poteſt tamen Debitor Creditori ſuo in pignus, & hypothecã conſtituere de novo ſervitutem in ſuo prædio ruſtico & urbano, dummodo inde nulla ædium deformitas inducatur. 897

Res ſacræ non niſi in illis caſibus, in quibus poſſunt vendi, poſſunt hypothecari. 904. Idem dicendum de rebus Publicis, h. e. ad communem uſum deſtinatis. 905

Liber homo, in caſu, quo poteſt vendi, v.g. filius à patre, poteſt etiam oppignorari. 906

Captivus poteſt ſe in pignus dare ſuo redemptori, donec ſolvat ſicrum. eod.

Extra hos caſus, qui liberum hominem pignoris nomine retinet, & ſervire cogit, gravibus pœnis ſubjicitur. 907

Redempt^us^ tenetur ſub disjunctione vel pretium refundere, vel ſervire per quinquennium. eod.

Res litigioſæ, ſeu mobiles, ſeu immobiles, oppignorari non poſſunt. 908

Res ad agriculturam ſpectantes, non quidem jure ſcripto, ſed conſuetudine, poſſunt oppignorari. 909

Mandatarius *cum liberà*, poteſt oppignorare & hypothecare, ità exigente utilitate mandantis. 910

Procurator illius, qui ſolebat mutuas accipere pecunias ſub pignore, etiamſi non habeat mandatum cum libera, poteſt pignora dare pro mutuo. 911

Si ignorante domino, ſciente creditore, procurator ſine *libera* pignus conſtituit pro mutuo vel alio, idque converſum eſt in utilitatem domini, & pignus eſt creditori traditum, poteſt creditor pignus retinere, donec ſibi ſatisfiat, in quantum probaverit fuiſſe verſum. eod.

Si verò pignus non eſt traditum, convenit creditori ſolùm actio pignoratitia perſonalis adverſùs pignoris dominum, ut ſolvat quantum in ejus utilitatem verſum eſt. 912

In utilitatem minoris aut pupilli, poteſt tutor res mobiles non pretioſas illorum propriâ auctoritate ſubjicere pignori, non verò in ſuam, aut alterius utilitatem. 913

Pignora dari poſſunt pro quacunque obligatione. 914. ubi ſpecificè enumerantur.

Locator domûs v. g. ad annum, in pignore ſeu hypotheca pro mercede conſtitutis potior eſt illo creditore, cui eadem res obligaretur ante anni lapſum, adeoque ante contractam obligationem ſolvendi mercedem. 916

Si priori creditori res eſſet oppignorata ſub conditione de futuro, deinde alteri eadem res oppignoraretur purè, ſi conditio eſt poteſtativa, potior eſt ſecundus, ſi caſualis, potior eſt prior. 917

Si præſens ſit debitum, hypotheca ſub conditione, creditor poteſt cautionem exigere, ſi debitor ſuſpectus eſſet de fuga, aut ad inopiam vergat. 918

Si creditor invito debitore pignore utatur, furtum committit, & actione furti conveniri poſſet ſecundùm æſtimationem uſûs, non pignoris. 925

Tenetur creditor non ſolùm fructus perceptos, ſed etiam quos ex culpa non percepit, reſtituere. 926. ubi: n. 927. vide exemplum.

Antichreſis pactum prohibitum eſt IureCanonico. 928

Commiſſorium pactum utroque jure prohibitum eſt, ſi pignus plus valeat, quàm debitum ſit, & niſi pactum eſſet, ut ſolùm eſſet venditum juſto pretio, cum obligatione ſolvendi exceſſum. 929

Si in pacto diceretur, ut eſſet in ſolutum, non ſubintelligeretur: *juſto pretio*. Benè tamen, ſi diceretur, ut eſſet venditum. 930

Non valet pactum commiſſorium ex intervallo adjectum. 931

Nec poteſt juramento firmari, quamvis debitor poſſet ſe juramento obligare ad non repetendum pignus. 932

Loquendo de pignore conventionali, creditor in illius cuſtodia tenetur de culpa lata & levi, non de leviſſima. 933

Si ex uſu rei oppignoratæ res ipſa periret, non peritura eodem modo apud debitorem, periret creditori, ſi revera dominus invitus fuiſſet, eſto creditor bonâ fide uſus fuiſſet.
934 Item

Item ſpectaret periculum & caſus fortuitus ad creditorem, ſi caſui fortuitò cauſam præbuiſſet, v. g. rixas incepiſſet, &c. 938

Item ſi propriâ auctoritate abſque facultate debitoris pignus occupâſſet, & deinde caſu fortuito perijſſet. 939. ubi exemplum.

Idem dicendũ, ſi in mora reſtituendi fuiſſet. eod.

Creditor in pignore prætorio, vel judiciali, tenetur ſolùm ex dolo & culpâ latâ. 940

Debito integrè ſoluto, vel oblato, conſignato & depoſito unà cum uſuris (ſi pro his quoque oppignoratum fuit) niſi aliud debitum intervenerit, datur debitori actio pignoratitia perſonalis directa, adversùs debitorem & hæredes, ut pignus unà cum fructibus reſtituat, damnum datum reſarciat, niſi in debito fuerit compenſatũ: quodſi interierit, ad exceſſum valoris ultra debitum. 948

Si uni ex cohæredibus ſua pars ſoluta eſſet, poſſeot adhuc reliqui pignus retinere, & denique non ſoluto debito vendere, ſed ſolutum uni eſſet reſtituendum. 943

Creditori competit actio contraria perſonalis ad conſequendum, quod ſibi pignoris nomine probabiliter abeſt. 944

Præter hanc action compêtit creditori locatori actio Realis Prætoria Serviana. 945

Cuivis creditori ratione pignoris aut hypothecæ competit quaſi Serviana, quæ definitur: Vindicatio quâ creditor perſequitur res pignori ſibi expreſsè vel tacitè obligatas. 945

In his actionibus realibus duo ſunt actori probanda. Primum, quòd res, quam perſequitur, fuerit ſibi à debitore oppignorata ſeu in hypothecã conſtituta. Secundũ, quòd tẽpore cõtractûs fuerit in bonis debitoris. 946

Priuſquã Serviana, vel Quaſi inſtituatur contra extraneum poſſeſſorem, actione perſonali conveniendus eſt, & excutiendus reus principalis ſeu debitor, ejúſque hæredes & fidejuſſores. Si ipſe debitor poſſideat, hoc non eſt neceſſe. 947

Actione hypothecariâ conveniuntur hæredes ſinguli io ſolidum, & in boc differt à perſonali pignoratitia. 948

Pignoris Diſſolutio.

Diſſolvitur imprimis ſolutione, vel ſolenni depoſitione debiti. Quandoq; poteſt ſolvi creditori creditoris. 449

Si necdum pignore aut hypothecâ per ſolutionẽ liberatâ, debitor pignus aut hypothecã conſentiente creditore alienet, cenſetur remiſſa obligatio pignoris, & ſine onere alienari. Niſi conſenſiſſet: *ſalvo ſuo jure.* eod.

Si duobus eadem res oppignorata eſt, & illi ſimul emant à debitore, cenſentur ſibi jus pignoris remiſiſſe. 950

Creditor reſtituendo pignus, & non ex alio fine, cenſetur obligationẽ pignoris remiſiſſe, non ipſum debitum, niſi & chyrographum reddetet. 951

Sola alienationis ſcientia, imò præſentia & taciturnitas, non eſt ſufficiens ſignum tacitæ remiſſionis, nec fundat juris præſumptionem, niſi Fiſcus venderet, in cujus favorem cenſeretur creditor pignus remiſiſſe, ſicut etiã, ſi venditionis tabulis ſubſcriberet. 952

Conſenſus creditoris in pignoris diſtractionem, non tollit ſe ſolo obligationem pignoris, ſed hæc oblatio pendet à ſecutura diſtractione, quæ ſi nõ ſequatur, vel ſi vẽditio ex alio capite ſit nulla, manet obligatio pignoris. 954

Procurator generalis abſque mandato *cum libera*, non poteſt ſuo conſenſu in alienationem tollere obligationem pignoris. 955

Creditor per conſenſum in alienationem pignoris, adeo ſibi præjudicat, ut etiamſi debitoris omnia bona tam præſentia quàm futura habeat obligata, in re tamen ſic alienata non recuperet pignus, etiamſi ad eundem debitorem ex alia cauſa redierit, ſecùs, ſi ex eadem cauſa. 956

Obligatio pignoris etiã extinguitur Novatione, quâ, vel aliud debitum ſubrogatur, vel alius debitor in eodem debito ſubſtituitur, non factâ mentione pignoris. 957

Obligatio pignoris exſpirat interitu totali rei, ſive phyſico, ſive morali. 958

Si domus oppignorata comburatur, area manet obligata, & quidquid inædificatur. eod.

De rigore juris non liberatur pignus invito creditore, ſi aliud æquè bonum ſubſtituatur. 959

Non poteſt obligatio pignoris ſolo conſenſu diſſolvi, ſicut hypotheca. 960

Quando inter Creditorem & Debitorem pactum interceſſit, ut creditori liceat vẽdere pignus, vel hypothecam poſt definitum tempus, intra quod debitum non fuerit ſolutum, valet pactum. 961

Si nullus dies ſolutioni præfixus fuit, tunc ut debitor incipiat eſſe in mora, debet à creditore interpellari elapſo tempore, poſt quod ratio dictat, eſſe ſolvendum exigente creditore. eod.

Si nullum pactum de vendendo pignore interceſſit, Iure Codicis requiritur una denuntiatio, quâ factâ adhuc biennium eſt exſpectandum, computandum à denuntiatione facta, ſi debitum eſt liquidum, alioquin à puncto latæ ſententiæ. 962

Si inter Creditorem & Debitorem conventum eſſet, ut creditori non liceat pignus vendere, non aliter hoc pactum valet, quàm ut vendi non poſſit, niſi poſt trinam denuntiationem factam conſtituto in mora. 963

Iure Bavarico conſtituuntur diverſi termini pro diverſitate pignorum, & locorum, in quibus ſita ſunt. 964

Si pignus appropriaretur creditori, & poſtea evinceretur, conveniret utilis actio ex empto. 965

Priuſquam per executionem ſententiæ definitivæ capiantur pignora, indulgentur condemnato & fidejuſſoribus quatuor menſes ad ſolvendum debitum. 966

Elapſo quatuor menſium ſpatio, capiuntur pignora judicialia intra duos menſes vendenda: ſi tamen ante venditionem perfectam debitor adhuc ſolvat, non abſolvitur venditio, ſed eo ſolvente expenſas, pignora redduntur. 967

Caſu quo debitor pignus pluribus ſucceſſivè obligatum tradidiſſet in ſolutū, vel vendidiſſet antiquiori creditori, vel habenti jus prælationis, tunc ſi poſterior offerat priori, quod illi debetur, tenetur prior poſteriori reddere pignus, vel ſolvere, quod illi debetur. 968

Si eidem creditori aliquæ res ſpecialiter obligatæ ſint, & aliæ generaliter, tunc ſpecialiter obligata priùs vendenda ſunt, & illis non ſufficientibus cætera. 969

Venditio pignoris non jure facta, eſt nulla. 970

Si Pignus legitimè venditum à creditore quà tali, poſtea evincatur, creditor non tenetur de evictione, ſed ſolùm tenetur cedere ſuā actionem adverſus debitorē emptori. 971

Precarium Precariæ.

Eſt conventio, quā quis precibus petenti rem gratis utendam concedit, nullo utendi vel fine vel modo præſcripto, hoc eſt, tamdiu, quamdiu concedens patitur. 767

Poſſet concedens etiam abſque rationabili cauſa revocare, dummodo à principio dolus abfuiſſet. 768

Poteſt Precarium ad certum tempus concedi hoc ſenſu, ut finito v. g. menſe, finitum ſit precarium, intra menſem tamen ſit integrum revocare. Quodſi elapſo menſe pergat alter detinere, nec alter repetit, cenſetur tacito conſenſu extendi, & ſi de novo rogat, prorogatur abſque nova traditione. 769

In Precario tranſit Poſſeſſio, ſed revocabilis, naturalis, ſed civilis manet apud concedentem. 770

Poſſunt etiam Iura Incorporalia poſſideri precariò. eod.

Poſſidenti ſola culpa lata præſtanda eſt. 771

Finitur per mortem rogantis, adeoque ad hæredes non tranſit: non finitur tamen morte concedentis, ſed tranſit ad hæredes, donec revocetur. 772

Concedenti competit Interdictū Reſtitutoriū de Precariis. Itē actio Præſcriptis verbis. eod.

Precariæ ſunt, Iure Canonico introductæ, quando aliquid conceditur vel in Perpetuum, vel ad vitam accipientis, aut ad tempus certum, ſeu breve ſeu longum, ante quod non poteſt revocari, ſi fuit rationabiliter conceſſum, benè tamen, ſi irrationabiliter. 773. ubi vide varios modos conſtituendi Precariam.

Renovantur de Quinquennio in quinquennium, eo fine, ut extet contractûs facti memoria. eod.

Pretium.

Quotuplex ſit, & quæ illius licita variatio, vide *Emptionis juſtum pretium.*

Q.

Quaſi Contractus.

Eſt tacita ſeu præſumpta conventio, ex qua, mediante facto aliquo producitur obligatio. 1102. & ſeq. ubi referuntur ſpecies.

R.

Redhibitoria Actio.

De hac vide: *Emptionis reſolutio ex Ædilitio Edicto.*

Retractus.

Eſt jus, lege, vel conſuetudine, vel ſtatuto introductum, quo conceditur alicui revocatio rerum ab alio alienatarum: quod jus etſi aliqualiter fuerit per leges abrogatum, pluribus tamen in Provinciis, & ſpeciatim in Bavaria reductum eſt, ubi aliqua à communi Germaniæ conſuetudine diverſa obſervantur. 211. ubi in compendio referuntur articuli 19. Iuris Bavarici.

Vocatur etiam Ius Protimiſeos: Ius congrui: Retractus Municipalis, & Legalis, ad diſtinctionem à Conventionali. 213

Retractus Municipalis dividitur in Gentilitium, Partialem, & Territorialem, quibus addunt aliqui Cenſualem. Gentilitius competit proximis conſanguineis: vulgò, *Erbeinſtand, Erbloſung*: Partialis ſocio in communi re: *Theilloſung*, Territorialis competit illis, qui ſunt ex territorio vendentis, contra extraneum emptorem: *Marckloſung.* 213. 214

Gentilitius non convenit affinibus, nec Uxori, nec Socero, nec Genero. 215

Si venditor proximo conſanguineo denuntiavit, pretium & emptorem indicavit, ille verò reſpondit, ſe hac vice non habere voluntatem emendi, ſalvum habet jus retractus etiamſi non expreſsè hoc jus ſibi reſervaverit. Quod de Iure Bavarico poſſet eſſe dubium, ſed veriſimilius. 216

Si res vendita fuit duorum habentium diverſos conſanguineos, & unius conſanguinei juri ſuo renuntiant, alterius conſanguinei non poſſunt invito emptore totum retrahere, ſed neceſſariò incident cum emptore in communionem, niſi hic malit (ut poteſt) illos cogere, ut vel totum retrahant, vel nihil, quia ipſe non emiſſet partem 217

Si conſanguineus ante celebratam venditionem venditori renũtiaret, verius eſt, quòd nõ liceret illi pœnitere, ſicut non licet pœnitere, ſi poſt contractum renuntiet emptori. 218

Si conſanguineus venditoris renuntiet ſuo juri in favorem emptoris extranei, qui deinde rem emptam vendat alteri extraneo, renuntians non videtur habere jus retrahendi ab hoc ultimo emptore. 219

Tacita renuntiatio conſiſtens v.g. in ſubſcriptione, vel teſtimonio, vel alio modo promovendi contractũ, non adjectâ proteſtatione, idem operatur, quod renuntiatio expreſſa, niſi ex officio ſubſcriptũ eſſet, ut à Notario, vel ex ſtatuto præſentia requireretur. 220

Competit Ius retractûs conſanguineo, etiamſi venditoris hæres exiſtat, etiamſi nec inventarium feciſſet. 221

Poſſet tamen hæres à defuncto gravari, ut, ſi hæres eſſe vellet, non retraheret, nempe ſi emptori promiſiſſet rem non fore obnoxiam retractui. 221

Etſi jure communi adhuc eſſet locus retractui, ſi res immobilis cum mobili commutaretur, Iure tamen Bavarico univerſim ex permutatione non eſt locus retractui. 223

Ex eo, quòd res vendita per publicam ſubhaſtationem retrahi non poſſit, non licet inferre, quòd idem dicendum, ſi debitor compellatur à Iudice ad vendendum. 224

Non eſſet locus retractui, ſi inter venditorem & emptorem conveniſſet, ut caſu, quo quis retractum attentaret, contractus ſit nullus: niſi contrahentes poſtea in retractum conſentirent. 225

Retrahere volenti licet pœnitere etiam jam oblato, & depoſito pretio, ſed retractu necdum perfecto. 226

Res ſemel extra familiam alienata, ſi deinde redeat iterum ad familiam, fit iterum obnoxia retractui. 227

Filio naturali non legitimato, ſpectato Iure Germaniæ, non competit Ius Retractûs, benè tamen legitimatis, item exhæredatis, & renuntiantibus ſucceſſioni. 228

Competit Ius retractûs Laico, etiam quando res vendita eſt Clerico, ex eo principio Iuris: Quod quiſque Iuris in alios ſtatuerit, eodem Iure & ipſe utatur. 229

Monaſterio intuitu ſui Profeſſi non competit Ius retractûs, quia Profeſſus non ampliùs cenſetur eſſe ex familia vendentis, uſurus tanquam unus de familia. Unde conſequens eſt, quòd ſi per Profeſſum aliqua bona ad Monaſterium pervenerunt, etiamſi Monaſterium illa bona vendat, non ſit locus retractui. Si tamen Monaſterium emat aliquod bonum, poſſunt venditoris conſanguinei retrahere, ſicut de emptore Clerico dictum. 230

Si res vendita eſt conſanguineo remotiori, adhuc proximiori competit Ius retractûs. 231

Quando venditio ex aliquo capite & defectu eſt nulla, ceſſat Ius retractûs. 232

Si res immobilis detur creditori in ſolutum, adhuc eſt locus retractui. Unde idem dicendum, ſi prædium æſtimatum æſtimatione faciente venditionem, daretur in dotem. 233

Ratione retractûs non tenetur retrahens ad novam Gabellam, ſed ad unam ſolam. 234

Etiamſi primus emptor exemptus eſſet à Gabella, retrahens tamen non gauderet hac exemptione. 235

Si plures res retrahibiles uno pretio ſint venditæ, neceſſe eſt omnes retrahi, aut nullam. 236

S.

Sequeſtrum.

Sequeſtrum aliud eſt voluntarium, aliud neceſſarium. Illud eſt, quando litigantes mutuo conſenſu eligunt aliquem, apud quem res litigioſa interim dum lis durat, deponatur, reddenda victori lite finitâ. Neceſſarium, quando à Iudice coguntur rem deponere apud tertium. Utrumque eſt ſpecies Depoſiti. 790. & ſeqq.

Sequeſter per ſequeſtrationem nunquam acquirit poſſeſſionem, ità ut deſinat eſſe in deponente, & uſucapio non currat, niſi hoc expreſſè convenerit, ut ipſa poſſeſſio, de qua fortè litigatur penes quem ſit, ſit in ſequeſtrum depoſita, adeoq; in Sequeſtrem tranſlata. 793

Prohibitum eſt Iudicibus ſequeſtrum partibus imponere regulariter loquendo, quamdiu actor non probaverit, alterum eſſe debitorem. 796. ubi ſpeciale Iuris Bavarici.

Prohibitio hæc procedit non tantùm de pecunia, ſed de quacunque alia re, etiam litigioſa. 797

An etiam Iure Canonico ſit prohibita iſta ſequeſtratio, non eſt ità certum. eod.

Sunt tamen plures caſus, quibus rectè fit hujuſmodi Sequeſtratio à Iudicibus. Primus, ſi ex perſona litigantis periculum ſit, ne vel cum re aufugiat, vel eam diſſipet. 799

Secundus caſus. Si dominus in ſervitutem revocat eum, quem pro mancipio poſſederat, ſed is in libertatem proclamavit, tunc ſervi peculium eſt ſequeſtrandum, donec de ſervitutis cauſa fuerit judicatum. 800

Tertius. Si debitor jam condemnatus ab executionis exceſſo appellaverit, appellatione receptâ res litigioſa eſt ſequeſtranda. In his caſibus etiam fructus rei immobilis ſequeſtrandi ſunt, ſi à poſſeſſore diſſipentur, niſi cautionem præſtet. 801

Quartus. Si utraque pars litigantium contendat ſe poſſidere, & ſubſit armorum periculum,

potest fieri rei litigioſæ ſequeſtratio. ſi tamen unius poſſeſſio eſſet certa, etiam ſi ſubeſſet armorum periculum, ſuperior debet aliis remediis turbantem compeſcere. 802

Quintus. Quando inter Dominum & Colonum lis eſt de dominio rei, & colonus recuſet ſatiſdare de fructibus reſtituendis, fructus ſunt ſeqneſtrandi. 803

Sextus. Quando duo ſuper Beneficio litigant, quorum neuter per triennium pacificè poſſedit, & à ſententia fuit appellatum. 804

Septimus. Sequeſtrari poteſt res abſentis per contumaciam. 805

Ex re ſequeſtrata ſunt ſubminiſtrandi ſumptus, & ſuſtentatio illi litiganti, qui aliunde non habet, unde vivat, aut expenſas litis ſolvat, quia ſequeſtrum paſſus eſt. eod.

Sequeſter tenetur rem depoſitam fideliter cuſtodire, colligere fructus, perituros diſtrahere, pretium collectum pro uſuris credere, reddere rationes, ac lite finitâ vincenti rem cum fructibus reſtituere. Iure Bavarico eſt illi levis culpa præſtanda. 806

Oblatâ idoneâ cautione de re litigioſa conſervanda & reſtituenda, eſt Sequeſtrum relaxandum. Nec ſufficere Iuratoria, invito adverſario. 807

Finitur ſequeſtrum 4. modis. Litis terminatione. Renuntiatione factâ ex cauſſa juſta & approbata. Purificatâ conditione, vel adveniente die, in quem fuit res accepta. Morte Sequeſtris.

Victori competit actio Depoſiti ſequeſtraria directa adverſus ſequeſtrem, ut reſtituat, & rationes reddat. Sequeſtri datur contraria ad conſequendos ſumptus & damna. 809

Quando ſequeſtrum eſt Iudici prohibitum, ſolet fieri Inventarium per Notarium. 810

Serviana actio & Quaſi.

Servianâ actione experitur locator fundi ruſtici, de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercede fundi ei tenentur. 574

Verius eſt, non ſufficere, ut ſciente & conſentiente locatore fuerint res illatæ, ſed requiri expreſſam conventionem. 575

Locatori prædii Vrbani datur actio quaſi Serviana, quæ eſt quaſi generalis hypothecaria competens cuivis creditori ex quavis cauſa pignus hypothecamve habenti. eſt actio Prætoria. 577. & 945

Servitutes.

Quomodò poſſint oppignorari, & hypothecæ ſubjici, vide *Pignus.*

Societatis Contractus.

Eſt conventio duorum aut plurium contribuendi ad commune lucrum vel uſum. Seu: Contractus Iuris gentium, nominatus, bonæ fidei, conſenſu initus, quo duorum vel plurium operæ vel res ad lucrum & damnum proportionaliter inter ſe communicandum ex honeſta conventione conferuntur. 579

Differentia ab aliis contractibus conſiſtit in communione lucri, quæ in aliis non habetur pro fine. 580

Si det unus gregem ovium cum pacto, ut conferens curam habeat aliquotam partem fructuum, non factâ mentione mercedis, eſt Societas. 581. ubi vide declarationem per exempla.

Debet contribuens retinere dominium rei contributæ, alioquin haberet rationem mutui. poteſt tamen dominium fieri commune, ut quivis poſſideant ſaltem per ſocium. 582

In contributione omnium bonorum eſt etiam contributio ad uſum communem, & poteſt Societas contrahi ad ſolum uſum. 583

Societatis alia eſt Vniverſalis, h. e. in univerſarum rerum communione conſtituta; alia Particularis ſeu ſpecialis, cùm certæ rei vel negotiationis communio inducitur. 584 ubi vide exempla.

Si quis Sociorum acquirat aliquid actione prohibitâ, non fit commune; ſi tamen ſponte conferat, non poteſt repetere.

Condemnato tamen ad reſtituendum debent etiam ſocii concurrere, ſicut etiam ad pœnam, ſi conſcii fuerunt. 586

Poteſt Societas omnium bonorum tacitè contrahi per actualem communionem bonorum omnium. 587

Societas contracta *omnium bonorũ*, extenſa præſumitur etiam ad bona futura, & quocunque titulo etiam lucrativo acquirenda. 588

Factâ mentione hæreditatis acquirendæ, extenditur ad quamcunque, ſeu ex teſtamento ſeu ab inteſtato. 589

Vi contractæ Societatis omnium bonorum imputatur Societati, quod quis ſociorum dedit filiæ in dotem, aut filio ad proſequenda ſtudia. 590

Societas contracta abſque determinatione vel certarum rerum vel certorum negotiorum, non extendit ſe ad ea bona quæ de facto habentur, neque quæ titulo lucrativo acquiruntur, ſed ſolùm ad ea, quæ titulo oneroſo ex quæſtu & opera acquiruntur. 593

Vi contractæ ſocietatis univerſalis bona corporalia tempore contractûs exiſtentia ſtatim fiunt communia, & traditio fictione juris cenſetur interveniſſe: quæ verò corpora poſt contractum acquiruntur nomine proprio, fiunt immediatè ſolius acquirentis: obligatus tamen eſt facere communia.

Actiones perſonales neceſſe eſt ut cedantur: reales abſque ceſſione fiunt communes, excepta

Digitized by Google

ptâ hypothecariâ, cùm non ſit principalis, ſed communiter perſonali accedat. 594
Varii ſunt modi celebrandi ſocietatem. Primus eſt, quo contrahentes expreſſerunt partes tam lucri, quàm damni. 595
In quo modo celebrandi ſervanda eſt proportio inter contributionem & lucrum. 596
Quodſi expreſſa eſt pars lucri, & non damni, vel econtra, eſt tamen eadem proportio in utroque ſervanda. 597
Secundus modus eſt, quando ob majus pretium operæ in pactum deducitur inæqualitas in lucro. 598
Tertius. ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune ſit, quia opera alicujus pro pecunia valet. 599
Quartus. Si ità contrahatur, ut unus ſociorum lucri partem ferat, de damno non teneatur. 600. ubi vide interpretationem.
Quando unus ſolus confert pecuniam, alter operam, periculum pecuniæ ad ſolum conferentem ſpectat. 602
Verius enim eſt, quòd tunc pecunia non fiat communis, ſed maneat propria conferentis. 603
Poſſet tamen ex pacto pecunia collata eſſe dividenda, ſi opera alterius eſſet tantò pretioſior, & dimidium pecuniæ haberet rationem mercedis. 604. & ſeqq. ubi vide varias regulas Theologorum pro ſervanda æqualitate.
Quamvis dominium capitalis quamdiu non expenditur, maneat conſeteotis, & ejus periculo ſit, ſi tamen à conferente operam expendatur pro mercibus, hæ fiunt communes, ità tamen, ut in diviſione priùs totum capitale extrahatur, adeo, ut etiamſi præter capitale nihil ſuperſit, illud totum cedat conferenti. 607
Poteſt per ſe loquendo, non obſtante Bullâ Sixti V. licitus eſſe contractus, quo ſalvum capitale reſervetur conferenti, ità ut aſſecuratio ſpectet ad accipientem, ſi obſerventur certæ conditiones, quas vide n. 611
Ad juſtificandum hunc contractum debet in conferente capitale adeſſe perſuaſio, quòd alter eſſet negotiaturus, & ſpes, quòd eſſet lucraturus, alioquin deeſſet ſincerus animus vendendi ſpem pro modico lucro. 613
Includuntur autem in hujuſmodi Societate tres Contractus: Societatis; Aſſecurationis, Venditionis. Non eſt tamen neceſſe, ut fiant ſucceſſivè, nec etiam, ut expreſsè & diſtinctè celebrentur. 614. 615
Poſſet etiam iniri Societas hoc pacto, ut conferens operam obligetur ad dimidium damni capitalis, caſu quo pereat: quodſi verò ſalvum maneat, detur eidem quarta ſolùm vel quinta pars capitalis in diviſione. 616
Poſſet conferens capitale, pro aſſecuratione exigere pignus, etiam in caſum fortuitum. 617
Socius non tenetur præſtare niſi culpam levem. 619. & ſeqq.
Socio convenit beneficium competentiæ, quod eſt ſpeciale privilegium hujus contractûs. 621
Spectatur autem tempus rei judicandæ, quo cognoſcatur, quantùm ſocius facere poſſit. 622
Fidejuſſori propriè dicto hoc beneficium non conceditur, benè tamen defenſori. eod.
Neque competit hæredi ſocii, neque illi, qui mandavit, ut ſocietatem contrahat. 623
Deducendum priùs eſt æs alienum debitum ex ipſa ſocietate, non verò quod aliunde debitum. eod.
Non competit hoc beneficium ſocio, qui dolo deſiit eſſe ſolvendo. eod.
Tenetur promittere, non tamen cautionem præſtare, de ſolvendo, cùm ad pinguiorem fortunam pervenerit. 624
Si plures fuerunt ſocii, & unus ſolus non eſt conſecutus totum debitum, poteſt à reliquis ſupplementum exigere proportionale. 624
Socii debent concurrere ad omnes illas expenſas, quæ fiunt circa merces, in quibus Societas conſtituta eſt, & circa perſonam ac famulos negotiatoris. 625. ubi vide quorundam limitationes.
Quidquid negotiator in itinere ad negotiandum in Medicos & pharmaca (non item in convivia, niſi & hæc ad negotia perficienda conducerent) ratione ſiniſtræ valetudinis expendit, habet jus illud extrahendi. Idem dicendum de morbo domi ex cauſa ſocietatis contracto. 626
Si à latronibus ſpolietur, naufragium faciat, & amittat aliqua ſua propria, quæ ad negotiationem perficiendam ſecum tulerat, ea quoque extrahenda ſunt, item lytrum, ſi capiatur, niſi hæc ipſius levi culpâ eveniant. eod.
Tenetur ſocius ex juſtitia ſubminiſtrare mutuas pecunias ex propriis, quando non habet communes, ſi neceſſe eſt ad conſervandas merces: & ſi negligat, damnum ſpectat ad illum ſolum. 627
Si verò ſubminiſtravit, extrahit: quodſi non ſit, unde extrahatur, habet actionem negotiorum geſtorum. eod.
Non poteſt extrahere damnum, quòd non formaliter, ſed tantùm occaſione adminiſtrationis incurrit. 628. ubi vide exemplum.
Poteſt ſocius per pactum obligari, ad non communicandas operas alteri ſocietati. Secluſo tali pacto poteſt ſocietates multiplicare, ſed ſine præjudicio prioris. 629
Si reverâ ex ſocietate cum aliis inita, defacto nullum

lum damnum prioribus illatum eſt, ſi in judicio conventus ob fidem non ſervatam in pœnam condemnetur, eam ſolvere tenebitur: item refundere debet lucri exceſſum, quem intuitu hujus obligationis conſecutus eſt. Ex lucro tamen ex alia ſocietate quæſito, nihil conferre tenetur. 630

Sive fuerit in pactum deductum, ſive non, ſi alia ſocietas inita eſt cum damno prioris, tenetur reſarcire, ſicut & lucrum ceſſans. 631

Accipienti pecuniam mutuam, cæteri ſocii obligantur, ſi pecunia in communem ſocietatis uſum verſa eſt, & ſocietas non eſt univerſalis. 632

Poſſunt bona ſociorum obligari eo modo, & in illis caſibus, in quibus ipſa perſona obligatur. eod.

Quando communi conſenſu unus ex ſociis, ut Inſtitutor negotiationi præpoſitus eſt, ut ſolus exerceret, hujus contractibus omnes & ſinguli in ſolidum obligantur. Idem eſt, quando ſocii ex omnium conſenſu promiſcuè negotiantur. Qui tamen non ſunt negotiati, non poſſunt conveniri, niſi priùs excuſſo eo, qui immediatè contraxit. 634

Quando aliquis ex ſociis conſtituit Inſtitutorem, ſi non omnium nomine, & ex eorum mandato conſtituit, etiamſi cæteri ſciverint, nec contradixerint, lucrum quidem eſt omnibus commune, damnum verò erit ſolius conſtituentis, qui ſociis tenebitur actione pro ſocio, non ſecùs, acſi ipſe commiſiſſet. eod.

Qui communi nomine Inſtitutorem conſtituerunt, non poſſunt invicem de Inſtitutoris facto agere, ſed damnum ab eo datum illis commune eſt. 634

Rebus communibus non poteſt unus ſocius aliis invitis agere, niſi ad uſum deſtinatum. eod.

Quando jus eſt individuū, nō poteſt ab uno ſocio ſine alio exerceri in præjudicium ejuſdem. 635. ubi vide exemplum in Iuriſdictione.

Sociis competit adverſùs ſe invicem actio pro ſocio utrinque directa, & datur etiam quandoque durante ſocietate, regulariter non niſi finitâ ſocietate. 636

Non datur hæc actio illis, qui abſque contractu in rem communem incidunt. 637.

Datur etiam ſociis actio *Communi dividundo*, ità tamen, ut unâ intentatâ altera tollatur, quatenus ad eundem ſcopum tendunt. 638

Poteſt etiam Socius contra Socium intentare actionem legis Aquiliæ, ſi res communis à ſocio damnum ex culpa paſſa eſt. Item actio furti ſocio adverſùs ſocium competit, ſi manifeſtum ſit, dolo malo rem amotam fuiſſe, vel animo celandi attrectatam: & probatio actori incumbit. 639. ubi vide, quomodo una aliam perimat.

Societatis Diſſolutio.

Diſſolvitur primò, mutuo conſenſu, etiam tacito, quando ſocietas inita eſt cum definitione temporis certi, intra quod non liceat cuivis recedere, benè tamen utriuſque conſenſu. 641

Diſſolvitur ſecundò, Renuntiatione, quando non eſt inita cum definitione certi temporis. Quodſi ſocius ante tempus præfinitum aliis non conſentientibus renuntiet, renuntiatio catenus nocet renuntianti, ut ſolum damnum, non item lucrum illi commune ſit. 642. ubi tamen vide 4. exceptiones.

Renuntiatio inſinuanda eſt omnibus ſociis, & ità tempeſtivè ſeu opportunè facienda, ut non ſit damnoſa ob negotia jam inchoata. 643

Facienda etiam eſt ſine dolo. 644

Tertiò, diſſolvitur morte unius ſocii, & quidem quoad omnes, niſi aliter conventum eſſet. 645

Si, mortuo uno ex ſociis, per aliquem aliorum ſociorum aliquid cæptum eſt, ignoratâ morte ſocii, quoad illud non eſt diſſoluta ſocietas, ſed continuanda per hæredem, quouſque negotium abſolvatur. ſecùs, ſi cognitâ morte ſocii eſt cæptum. 646

Si ſocietas fuit in cultura vineæ, agri, ad plures annos, ità tamen ut non habeat naturam locationis, aut emphyteuſis, tunc re adhuc integrâ finitur ſtatim unius morte, ſecùs, tranſibit pro illo anno ad hæredes. 647

Quartò, diſſolvitur maximâ & mediâ capitis diminutione, confiſcatione, publicatione. 648

Quintò, diſſolvitur rei interitu, ſive naturali, ſive civili, v. g. ſi uſui ſacro deſtinetur: item negotio finito: ceſſione bonorum, & egeſtate. 649

Adeo non tranſit ſocietas vi primæ conventionis ad hæredes, ut nec pacto quidem fieri poſſit, ut uno mortuo ejus hæres ſit ſocius reliquorum. 650

Poſſet tamen hujuſmodi pactum juramento firmari. 651

Si hæres defuncti conveniat cum aliis ſociis, ut continuetur ſocietas, cenſetur ſocietas de novo inita. 652

Quando ſocietas eſt conſtituta circa vectigalia, aut alias res publicas conductas, tunc pactum adjectum, ut ad hæredes tranſeat, ob favorem Reipublicæ ſuſtinetur, ità, ut quidquid commodi vel damni poſt mortem ſocii evenerit, hæredi ſit commune, ſi tamen hæres ſit perſona idonea. 653

Poteſt ſocius defunctus ſuum hæredem obligare, ut ſi ſocii velint cum ipſo ſocietatem continuare, teneatur conſentire. 654

Sor-

Sortis diviſoria contractus.

Eſt contractus, quo aliqui jus habentes in aliqua re conveniunt, ut mittantur ſortes, quibus conſtet, quis illam obtinere debeat. 1091

Prohibentur ſortes in electione ad Beneficium Eccleſiaſticum. 1092

Sponſionis Contractus.

Sponſio eſt contractus, quo duo de veritate vel eventu alicujus rei contendentes, ſibi invicem aliquid ſpondent, ut id ejus ſit, qui veritatem fuerit aſſecutus. 1085

Eſt Iure naturæ licitus, quia periculum cum periculo commutatur. 1086

Vnde is qui certus eſt de veritate, non poteſt exigere ſponſionem, aut ſolutam retinere. 1087

Verius etiam idipſum dicendum eſt, etiamſi alter inſtet, & urgeat ſponſionem. 1088

In ſponſione facti alicujus, v. g. quis jaculando ſit victurus, pendet ex intentione ſpondentium, an ſit locus pœnitentiæ, antequam alterutet jaculetur. 1089

Prohibentur ſponſiones ſuper vita & electione Pontificis, & Cardinalium. 1090

Syndicus.

Eſt ille, qui ab aliqua Communitate, aut Collegio, Republica, aut Civitate mandatum accipit. 655

T.

Transactio.

Eſt de re dubia, lite aut controverſiâ jam motâ non gratuita pactio. 984

In præſenti ſumitur pro Contractu pariente actionem civilem: eſt autem Contractus innominatus. 986

Quando ſententia tranſiit in rem judicatam, non eſt ampliùs locus transactioni, niſi eſſet locus reſtitutioni in integrum, vel alteri exceptioni opponibili, poſt rem judicatam. Secùs, adhuc eſt locus transactioni, & multò magis ſi non conſtet rem eſſe judicatam. 989

Neque poſſet transactio poſt rem judicatam juramento firmari. 909

Quando Transactio fit ſimplici pacto, abſque ſtipulatione, nondum eſt ipſo jure extincta prior actio, ſed elidenda eſt ope exceptionis. 991. ubi exemplum.

Quando Transactio fit per acceptilationem, ipſo jure perimitur prior actio, quam alioqoin actor ſibi competere prætendebat. 992. ubi exemplum.

Quando Transactio fit per ſtipulationē Aquilianam, novantur actiones priores, ex quocunque contractu provenientes & dubiæ, deinde acceptilatione accedente penitus tolluntur. 993. ubi exemplum.

Si Transactio facta eſt adjectâ ſtipulatione pœnali, ut is qui fidem non ſervat, ad pœnam teneatur, fidem non ſervans ad pœnam tenebitur. 994

Tenetur inſuper fidem non ſervans ad ſervandum pactum transactionis, ſi clauſula eſt adjecta: *Rato nihilominus manente pacto.* Omiſsâ hac clauſulâ ſi pactum eſt juramento firmatum, habet vim illius clauſulæ. 995. ubi ſpecialia Juris Bavarici.

Si ex utraque parte non eſt ſervata æqualitas moralis, & ſecundùm communem prudentum æſtimationem, in æſtimatione iuris dubii, etiamſi per ignorantiam fiat, læſo ſatisfaciendum eſt ad æqualitatem. 996

Vt transactio valeat, abeſſe debet Metus injuſtus cadens in virum conſtantem. Idem cum proportione de dolo dicendum. 997

Qui ſpeciale mandatum habet compromittendi, poteſt etiam tranſigere, & econtra. 998

Æger poteſt validè tranſigere, etiam cum Medico. 999

Pupillus infante major, non poteſt quidem ſine auctoritate Tutoris tranſigere, ſi tamen tranſigendo ſuam conditionem meliorem fecit, tenebit transactio. 1000

Tutores & Curatores tranſigere poſſunt eo modo quo dictum eſt tract. 4. ubi agebatur de eorum poteſtate. Finitâ tutelâ & curatelâ poſſunt cum ipſis majorennibus tranſigere. 1001

Tranſigere etiam poſſunt adminiſtratores Civitatum & Syndici, de rebus mobilibus; excepto Procuratore Cæſaris. 1002

Pater circa bona adventitia quorum adminiſtrationem habet, poteſt tranſigere. 1003

Creditor ceſſis alteri actionibus contra ſuum debitorem, non poteſt in præjudicium ceſſionarii tranſigere cum debitore. 1004

De rebus alienari prohibitis, tranſigi non poteſt, quibuſdam caſibus exceptis. 1005

Excipitur 1. quando ex rationabili cauſa, ad præcidendas lites tranſigitur authoritate Principis. 1006

Excipitur 2. quando fit pro re vinculata dubia, ità ut apud eum maneat, qui ut vinculatam prætendit. 1007

Excipitur 3. Quando eſt conformis ſtatuto. 1008

Excipitur 4. Si accedat conſenſus eorum, in quorum favorem res prohibita eſt alienari. 1009

Non poteſt tranſigi circa res in teſtamento contentas, antequam conſtet, quid in teſtamento contin[e]atur. 1010

Quodſi poſt iuſpectum teſtamentum, & factam tranſactionem proſetantur Codicilli, ad hos non extendiiur iranſactio. eod.

Non eſt neceſſe, ut teſtamentum is ipſe inſpexerit, qui circa conteuta tranſigit, ſed ſatis eſt, quòd ab aliis intellexerit. 1011

Non valet teonntiatio, quâ tranſigentes renunciarent juri annulanti iranſactioom. 1012

Imò nec poſſet juramento firmari talis renunciatio. 1013

Poſſunt Fideicommiſſarii inter ſe paciſci de fideicommiſſo ſibi communiter relicto ſub eventu dubio, nec minor læſus reſtitueretur. 1014

De àlimentis in ùltima voluntate relictis præteritis, nō item futoris, tranſigi poteſt. 1015. ubi vide declarationem, & n. 1016. extenſionem.

De rebus Eccleſiaſticis, ut Beneficio, Iure præſentandi, Decimarum, &c. oon licet tranſigere. 1017

De Adulterio, quamvis ſit crimen publicum & capitale, tranſigere inter delinqueotem & accuſatorem non licet, de aliis verò capitalibus, & pœnam ſanguinis ſeu vitæ irrogantibus delictis, tranſigere & paciſci licet. 1018

De aliis, privatis criminibus, ſi criminaliter intententur, non licet tranſigere, benè tamen, ſi civiliter. 1019

Tranſactio cum uno accuſatore facta, non impedit, quo minùs ab aliis accuſari poſſit. 1021

Sicut licet de proprio ſanguine, ità etiam de alieno tranſigere. 1022

Non licet tamen tranſigere de criminibus non inferentibus pœnam mortis, ſed mutilationis, flagellationis, &c. 1023

De Stupro tranſigere non licet, ubi non eſt crimen capitale. 1024

Ao hactenus dicta bodiernis moribus obtineant, eſt conſuetudo conſulenda. eod.

Tranſactio æquè litibus finem imponit ac ſententia tranſiens in rem judicatam. Unde nec prætextu inſtrumentorum de novo repertorum reſcinditur. benè tamen, ſi ex falſis inſtrumentis obtenta eſſet. 1025

Quando tranſactio nudo pacto eſt inita, tunc Iure Civili inſpecto parit Reo ſolùm exceptionem, actori aotem ſalva manet actio, ſi alter non præſtet, de quo conventū eſt. 1026

Quando actio prætenſa fuit per ſtipulationem Aquilianam, & acceptilationem ſublata, tunc ad implenda pacta datur actori actio ex ſtipulatu. 1027

Si dolus interceſſit, datur actio de dolo, quâ, tranſactione reſciſſâ, prior actio revocatur. 1028

Quando tranſactio mutuo conſenſu diſſolvitur, prima cauſa ex integro reaſſumitur, & pecunia actori data condicitur. 1029

Si unus ſolus nolit, vel non poſſit implere, quod promiſit, tunc alter agere poteſt, ut vel impleantur promiſſa, vel quæ data ſunt, reddantur, & res in integrum reſtituatur. 1030

Si pœnitens velit poſtea ſervare fidem traoſactionis, eſt audiendus, & hoc ſenſu non licet in tranſactione pœnitere, ſicut in aliis innomioatis contractibus. 1031

Quando res ab ûno tranſigentium data, poſtea evincitur, poteſt, qui dedit, conveniri ex ſtipulatu. 1032

Quando tranſactio fit circa rem aliquam particularem, non exteoditur ad aliud, de quo poterat moveri controverſia, etiamſi à principio fuerit aliquid aliud petitum ab adverſario. 1033

Quando tranſactio fit circa rem particularem quidem, ſed ſub univerſalitate actionum, quibus ea res peti poſſet, cenſetur actor ab omnibus actionibus receſſiſſe. 1034

Si petitio fuit geoeralis, vel indefinita, & etiam tranſactio, cenſetur extenſa etiam ad ea, quæ tunc abſque alterius dolo non occurrebant. 1035

Si tamen dolus interveniſſet in occultatione aliquorum, ad ea non extenditur efficaciter tranſactio, ſed læſo competit actio de dolo. 1036. ubi vide caſum.

Generalis tranſactio non comprehendit bona per ultimam voluntatem relicta, ſi ultima voluntas necdum fuit ioſpecta. 1037

Quando præceſſit petitio particolaris, deinde ſecuta eſt tranſactio generalis, non hoc ipſo tranſactio eatenditur ad non petita, dummodo verba poſſint ex communi modo loquendi reſtringi. 1038. ubi exemplum.

Tranſactionis Contractus eſt ſtricti Iuris. 1039

Unde qui de Injùria traoſegit, non cenſetur remiſiſſe jus perſequendi damnum iojuriâ datum, quia eſt diverſum utriuſque objectum, nec unū eſt alterius acceſſoriū. 1040

Trapezita.

Idem eſt, quod Nummularius, Menſularius, Argentarius, & differt à Campſore, quòd non ſolùm det operam principalem permutationi pecuniarum, ſed inſuper exerceat negotiationē, recipiendo cuſtodiā pecuniarū, dando tam proprias quā alienas ſub uſuris. 370

V.

Vitium.

Quomodo in re vendita differat à morbo, vide *Morbus.*

Vſusfructus.

Quomodo poſſit oppignorari, vide *Pignus.*

FINIS

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google